



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

ANDRESSA GONÇALVES TRINDADE

**TEORIA DO DESAMOR:
RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO SOB A ÉGIDE DO PRINCÍPIO
DA AFETIVIDADE**

BRASÍLIA
JUNHO 2015

Andressa Gonçalves Trindade

Teoria do Desamor:

responsabilidade civil por abandono sob a égide do princípio da afetividade

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Graduação em Direito da Universidade
de Brasília, como requisito parcial à obtenção do
título de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Mestre Rafael Santiago

Brasília

Junho 2015

Andressa Gonçalves Trindade

TEORIA DO DESAMOR:
RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO SOB A ÉGIDE DO PRINCÍPIO DA
AFETIVIDADE

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília, como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharela em Direito,
aprovada pela seguinte banca examinadora:

Rafael Santiago,
Mestre pela Universidade de Brasília
Professor Orientador

Suzana Borges Viegas de Lima
Doutora em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília
Integrante da banca examinadora

Frederico Henrique Viegas de Lima
Doutor em Direito Civil pela Universidad de Valladolid
Integrante da banca examinadora

Brasília, 06 de junho de 2015

*Aos meus pais, que me deram coragem
para chegar até aqui.*

AGRADECIMENTOS

Primeiramente gostaria de agradecer a meus pais, a presença deles em minha vida foi crucial para que eu me tornasse quem hoje eu sou. Vocês me deram tudo: o carinho, a atenção, a coragem e a certeza de que mesmo fracassando eu teria sempre para onde voltar. De vocês eu puxei muito mais do que a cor dos olhos, o cabelo, o tom de pele; de vocês eu tirei a inspiração para sempre seguir em frente, obrigada Salvador e Marlene, vocês são sensacionais.

Agradeço à minha primeira amiga verdadeira, que me ensinou que mesmo brigando ainda existe muito amor para ser dividido, muitos desenhos para serem assistidos juntas e muita roupa para se pegar emprestada: minha irmã Bruna.

Agradeço aos amigos que me conheceram antes que eu fizesse a difícil escolha por esse curso e me acompanharam durante essa jornada, mesmo que de longe, chegando comigo ao final: Gabi, Rafa, Naty, André, Nadja, Gui e Bruno, obrigada por sempre acharem que eu fosse conseguir.

Aos amigos que a vida nos presenteia de surpresa, assim sem mais nem menos, quase que por acaso, mas que se tornam um porto seguro: Karen, Mara e Diniz, muito obrigada pela paciência e pelo carinho.

Aos que me acolheram na Universidade e me acompanharam nestes seis longos anos, seja nas festas, seja nas reuniões de estudos, seja nos lanchinhos pós-aula; vocês são muito especiais para mim: Jessika, Thaiza, Sarah, Ana Luisa, Camila, Isadora e Marcus Vinicius, eu não sei o que teria sido da minha graduação sem vocês, obrigada pelo apoio.

Aos queridos do meu semestre que me fizeram rir, me acolheram quando eu precisei e me ensinaram o lado zueria da universidade: Júlio, Gisela, Abhner, Bruna e Mari, vocês são ótimos.

Às lindas veteranas que eu só conheci no final do curso, mas que já me renderam companheirismo regado a ótimas risadas: Carol e Débora.

Por fim agradeço aos meus familiares, que torceram por mim e acompanharam essa jornada, de perto e de longe, sempre presentes.

Amo vocês.

RESUMO

O presente trabalho tem como tema a responsabilidade civil por abandono afetivo sob a égide do princípio da afetividade, princípio este que é atualmente considerado como fundamental às relações familiares. Inicialmente foi abordado o tema da constitucionalização do Direito Civil, apontando a influencia desta constitucionalização no Direito de Família. Objetiva esta análise inicial demonstrar que a mudança paradigmática mudou tanto a concepção do indivíduo quanto a concepção do instituto da família, que adquiriu nova função social, aborda-se também a nova concepção de Poder Familiar como conjunto de deveres destinados aos pais, e não mais somente como conjunto de direitos. O trabalho passa então a apresentar os princípios constitucionais que são intrínsecos ao Direito de Família, em especial o princípio da afetividade que será tido como verdadeiro elo entre os membros do núcleo familiar. Após breve apresentação de conceitos básicos de responsabilidade civil, passa-se a analisar o dano moral e como o abandono afetivo pode gerar dano passível de indenização por parte do autor. Por fim são apresentados dois julgados sobre o tema, os dois que chegaram à Corte Superior, para que se averigüe a evolução no entendimento do Tribunal.

Palavras-chave: Abandono afetivo. Responsabilidade Civil. Constitucionalização do Direito Civil. Princípio da Afetividade. Dano Moral.

ABSTRACT

This work is about the possibility of civil liability for emotional abandonment under the auspices of the principle of affection, a principle that is currently regarded as fundamental for family relations. Initially the subject of a constitution of civil law was approached, pointing out the influence of this constitutionalization in Family Law. This initial analysis intends to show that the paradigm shift changed both the design of the individual and the design of the family, which acquired new social function; still in this early analysis there is also the discussion about the new concept of Family Power as a set of duties for parents, no more seen only as a set of rights. The paper then goes on to present the constitutional principles that are intrinsic to Family Law, in particular the principle of affection, that will be held as the true bond between the members of the family. After a brief presentation of the basic concepts of civil liability, we start to analyze the moral damage and how the emotional abandonment can generate likely damage compensation from the author. Lastly two judges on the subject are presented, the two that came to the Superior Tribunal de Justiça, in order to ascertain the evolution in the understanding of the court.

Key-words: Emotional abandonment. Civil Responsibility. Constitutionalization of civil law. Principle of Affection. Moral Damages.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO 1: A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL.....	11
1.1. A moderna concepção do Direito Civil e seus efeitos no Direito de Família.....	11
1.2. Intervenção do Estado nas relações familiares e o Direito das Famílias Mínimo.....	16
CAPÍTULO 2: A TEORIA DO DESAMOR E A FAMÍLIA.....	20
2.1. A (nova) família.....	20
2.2. O poder familiar.....	25
2.3. Delimitando a questão do dano moral por abandono afetivo na doutrina.....	29
CAPÍTULO 3: PRINCÍPIOS INERENTES AO DIREITO DAS FAMÍLIAS.....	35
3.1. Princípio da dignidade da pessoa humana.....	37
3.2. Princípio da igualdade.....	39
3.3. Princípio da solidariedade familiar.....	40
3.4. Princípio da plena proteção das crianças e adolescentes.....	42
3.5. Princípio da convivência familiar.....	43
3.6. O princípio da afetividade e o valor jurídico do afeto.....	45
CAPÍTULO 4: A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO.....	48
4.1. A constitucionalização da Responsabilidade Civil.....	48
4.2. Responsabilidade Civil Extracontratual Subjetiva e seus pressupostos.....	49
4.3. Os danos morais.....	52
4.4. A configuração da responsabilidade por abandono afetivo.....	53
4.5. Estudo de Casos: o REsp nº 757.411 – MG e o REsp nº 1.159.242 – SP.....	57
4.5.1 O REsp nº 757.411 – MG.....	58
4.5.2 O REsp nº 1.159.242 – SP.....	63
CONCLUSÃO.....	68
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	71

INTRODUÇÃO

O tema em tela é o abandono afetivo, sua relevância jurídica e se este é capaz de gerar dano passível de indenização pelo autor.

A passos lentos a concepção de família foi se modificando na história. Da família religiosa, patriarcal e patrimonialista à família eudemonista, focada no afeto e na igualdade de seus membros, grandes mudanças paradigmáticas ocorreram, tendo sido modificada tanto a maneira como o indivíduo enxerga a sociedade, e vice-versa, quanto a maneira com a qual o indivíduo enxerga o próprio indivíduo. A sociedade nunca foi tão focada em proteger a liberdade individual para que seus cidadãos busquem sua própria felicidade. Não é mais permitida a intervenção estatal indevida que busca limitar a autonomia da vontade de cada indivíduo dentro da família, pelo contrário, deverá agora o Estado protegê-la.

Esta mudança paradigmática que veio com a despatrimonialização do Direito Civil trouxe consigo uma nova maneira de interpretar as normas jurídicas, maneira esta que preza pela dignidade da pessoa humana, transformando sua proteção em princípio irradiador dos demais princípios constitucionais. As normas do ordenamento brasileiro devem ser interpretadas de modo que se faça valer o princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste viés protecionista do interesse do indivíduo percebe-se que alguns necessitam de maior tutela do que outros, em razão de sua fragilidade emocional, intelectual ou física; como as crianças e os adolescentes, que representam a figura da prole dentro do ambiente familiar. O reconhecimento desta fragilidade se expressa de forma clara no novo entendimento sobre o Poder Familiar, que substitui o Pátrio Poder, e se constitui como um conjunto de deveres que os pais deverão ter com seus filhos, objetivando sua proteção para que possam se desenvolver de maneira sadia, tanto fisicamente quanto psicologicamente.

O Direito das Famílias concentra em si uma pletora de princípios que buscam justamente assegurar a proteção do menor, dando a ele elevado status constitucionalmente legitimado. Nesta seara de importância da proteção do menor surge o tema do abandono afetivo e como ele é encarado pela nossa doutrina e jurisprudência. Por mais que a legislação seja clara quanto à perda do Poder Familiar nos casos de abandono, discute-se neste trabalho se há possibilidade de responsabilização do pai na esfera civil por sua conduta de omissão quanto aos deveres advindos da paternidade, uma vez que o descumprimento destas obrigações causa dano ao menor abandonado.

A partir de uma análise do novo Direito das Famílias, fruto da constitucionalização do Direito Civil, e dos pressupostos necessários à caracterização da responsabilidade civil extracontratual, verificaremos se de fato a afetividade se constitui como obrigação imposta pelo Poder Familiar, dentro do dever de cuidar, e se caberá danos morais ao menor abandonado.

CAPÍTULO 1: A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

1.1. A moderna concepção do Direito Civil e seus efeitos no Direito das Famílias

Como já pontuado por Maria Celina Bodin de Moraes¹(2006), poucos civilistas atualmente deixam de reconhecer o impacto do texto constitucional (em especial seus princípios) na regulação das relações privadas. Há de se reconhecer a reviravolta sofrida pelo Direito Civil desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, que conferiu eficácia normativa ao texto constitucional além de modificar a própria interpretação que seria dada às normas infraconstitucionais. A nova perspectiva constitucional traz uma necessária valoração da norma frente aos princípios protegidos pela Constituição para que se encontre a resolução do caso concreto, as normas não serão mais vazias (MORAES, 2006). Explica a autora:

Nesse contexto, dito pós-positivista, o respeito das normas inferiores à Constituição não é examinado apenas sob o ponto de vista formal, a partir do procedimento de sua criação, mas com base em sua correspondência substancial aos valores que, incorporados ao texto constitucional, passam a conformar todo o sistema jurídico. Valores que adquirem positividade na medida em que consagrados normativamente sob a forma de princípios. Assim, a solução normativa aos problemas concretos não se pauta mais pela subsunção do fato à regra específica, mas exige do intérprete um procedimento de avaliação condizente com os diversos princípios jurídicos envolvidos.

A doutrina civilista, de modo tradicional, aponta o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil como uma releitura deste direito à luz da Constituição Federal de 1988; a atividade interpretativa do Código Civil de 1916² seria realizada a partir do Texto Constitucional, hierarquicamente superior ao Código (ALVES 2009).

Para Flávio Tartuce (2014) o Direito Civil-Constitucional pode ser encarado como um novo caminho metodológico que procura analisar os institutos de Direito Privado a partir da Constituição Federal de 1988, não se tratando apenas de estudar os institutos do Direito Privado previstos na Constituição e sim interpretá-la sob o prisma do Direito Civil e vice-versa. Para que isso possa acontecer deverão as normas fundamentais que protegem a pessoa

¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil**. In.: Direito, Estado e Sociedade – v.9, n. 29, p. 233 – jul/dez 2006. Disponível em: http://publique.rdc.puc-rio.br/direito/media/Bodin_n29.pdf. Acesso em 13/05/2015.

² Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916

humana (particularmente as que se encontram nos arts. 1º a 6º do texto constitucional) terem eficácia imediata, tamanha sua relevância.

O Código Civil de 1916 foi inspirado no liberalismo econômico, característico do período histórico de sua concepção, e sua característica mais marcante foi justamente a preocupação patrimonial; o patrimônio e sua proteção eram o centro do Código, sendo a propriedade privada e a liberdade contratual tuteladas de maneira absoluta, não cabendo qualquer tipo de relativização a estes institutos (FARIAS; ROSENVALD, 2011). O objetivo era, portanto, garantir a atividade econômica privada e a estabilidade nas relações jurídicas de cunho privado.

Mudanças econômicas, movimentos sociais, o avanço tecnológico e científico e duas Grandes Guerras quebraram a estabilidade social do período e passou a ser inevitável a intervenção estatal na economia e, conseqüentemente, nas relações privadas, instituindo-se esta maneira uma *socialização do Direito Civil*, que neste momento perde seu caráter individualista e volta-se a uma proteção do indivíduo integrado na sociedade (MONTEIRO; SILVA, 2012).

As Constituições da República Federativa do Brasil passaram então a versar sobre matérias de direito privado, chegando ao ápice deste movimento a Constituição de 1988, símbolo do Estado Democrático de Direito, que deixa de ser mera carta política e passa a estabelecer o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, assim como estabelece também diversos princípios com o objetivo de tutelar algumas relações de direito privado (MONTEIRO; SILVA, 2012). As Constituições possuem uma nova função, tanto quanto à matéria das normas que implementam quanto às diretrizes hermenêuticas das legislações infraconstitucionais. Segundo Leonardo Barreto Moreira Alves (2009, p.95):

Tratando de questões diretamente relacionadas com o indivíduo, a Constituição deixa de ser simples Carta Política, organizadora das instituições democráticas e definidora dos direitos e deveres do cidadão, para ter também o caráter de *norma informativa da vida humana*. Desse modo, repita-se, as normas atinentes à vida privada passaram a ser formuladas também (e principalmente) pela Constituição.

Esta intervenção estatal força uma nova concepção de Direito Civil como um todo, pois, novos institutos trazidos pelo documento constitucional, contrários ao foco

patrimonial do Direito Civil, agora irão gerir a vida civil e influenciar as limitações impostas pelo Código de 1916. Afirmar Maria Berenice Dias (2015, p.36):

A intervenção do Estado nas relações de direito privado permite o revigoramento das instituições de direito civil e, diante do novo texto constitucional, forçoso ao intérprete redesenhar o tecido do direito civil à luz da nova Constituição³. Sua força normativa não reside, tão somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade – converte-se ela mesma em força ativa. Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas.

Essa é uma característica do chamado **estado social**, que intervém em setores da vida privada como forma de proteger o cidadão, postura impensável em um **estado liberal** que prestigia, antes e acima de tudo, a liberdade. O direito civil constitucionalizou-se, afastando-se da concepção individualista, tradicional e conservadora-elitista da época das codificações do século passado⁴. Em face da nova tábua de valores da Constituição Federal, ocorreu a universalização e a humanização do direito das famílias, que provocou um câmbio de paradigmas.

Nesta nova modalidade constitucional foi consagrada a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, no seu art. 1º, III, da CF; este dispositivo que antes era encarado com ceticismo é reconhecido atualmente como conquista determinante e transformação subversiva de toda a ordem jurídica privada. A escolha do constituinte ao elevar tal princípio ao topo do ordenamento alterou radicalmente a estrutura tradicional do Direito Civil, uma vez que determinou o predomínio necessário das situações jurídicas existenciais sobre as relações patrimoniais (MORAES, 2006).

A Constituição Federal de 1988 consolida profunda mudança, em especial no Direito das Famílias, não só pelo reconhecimento de outras formas de família, como é o exemplo da união estável, família monoparental e união homoafetiva, mas principalmente pela alteração do perfil da entidade familiar, que passa a ser encarada como uma comunidade de afeto e entrelaçada, verdadeiro meio de realização pessoal de cada um dos seus integrantes, assim como local de desenvolvimento da dignidade humana (ALVES, 2009).

Mesmo instituídas novas normas constitucionais que mudaram o entendimento sobre diversos casos fáticos no âmbito do direito privado, a perspectiva ainda patrimonialista e individualista econômica do antigo Código era completamente contrária aos ideais

³TEPEDINO, Gustavo, **Temas de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Citado por Maria Berenice Dias, 2015, p.36.

⁴GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Das relações de parentesco**. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.) . **Direito de família e o novo Código Civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. P.101-132. Citado por Maria Berenice Dias, 2015, p.36

constitucionais trazidos na promulgação da Constituição Federal de 1988, o que causou uma necessária reavaliação do Direito Civil, culminando em um novo código em 2002 que seria interpretado por um viés constitucional, e não somente normativo (FARIAS; ROSENVALD, 2011).

Percebe-se uma verdadeira mudança englobando todo o Direito Privado, que não é mais regido somente pelo Código Civil. Tem-se atualmente uma verdadeira atuação do texto constitucional na medida em que os princípios estabelecidos por este regem temas que anteriormente seriam delegados somente ao âmbito privado⁵. Ao tempo que esta mudança possa parecer significar um enclausuramento e controle da autonomia privada, pelo contrário, a instituição de princípios define um papel mínimo realizado pelo Estado nas relações privadas, qual seja, a proteção e garantia para que seja cumprido o princípio da dignidade da pessoa humana (em especial), sem limitações, como anteriormente era feito. O indivíduo alcançou novo patamar de importância a partir da constitucionalização do Direito Civil, sendo livre para exercer sua autonomia da vontade desde que respeitados os princípios constitucionais (bastante abrangentes e focados na ideia de completude e felicidade destes mesmos indivíduos), que ironicamente buscam garantir sua realização pessoal. O princípio da dignidade da pessoa humana passa a funcionar como ponto de contato para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, elencadas no catálogo constitucional; este princípio dá unidade e coerência aos direitos fundamentais que se encontram sob o tronco constitucional (KAROW, 2012).

Ocorre então o que se convencionou denominar de *personalização do Direito Civil*, juntamente com sua *despatrimonialização*, sendo a pessoa tratada antes do patrimônio, invertendo seus valores em relação à interpretação da norma. O patrimônio perde o papel de ator principal e se torna mero coadjuvante (TARTUCE, 2014). Neste movimento de constitucionalização há uma clara tendência de valorização da pessoa humana.

Quanto às mudanças ocorridas dentro do Direito das Famílias, o jurista Eduardo de Oliveira Leite, citando Jean Carbonnier, elencou seis transformações sofridas pelo instituto (TARTUCE, 2014):

⁵ Sobre o tema Hironaka, Simão e Tartuce (2009) elencam como exemplos “[...]a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, ou seja, matérias típicas de direito privado passam a integrar uma nova ordem pública constitucional”.

- a) A estatização – diante da comum e crescente ingerência do Estado nas relações familiares, o que traz uma tendência de publicização da disciplina, que sempre foi baseada no privatismo.
- b) A retratação - nítida redução do grupo familiar em pais e filhos, substituição da família patriarcal pela família nuclear, com um número menor de pessoas.
- c) A proletarização – o grupo doméstico perde sua característica plutocrática, ou seja, dominada pelo dinheiro.
- d) A desencarnação – substituição do elemento carnal e religioso pelo elemento psicológico e afetivo.
- e) A dessacralização – desaparecimento do elemento sagrado, da forte influência religiosa da Igreja Católica, o que dá larga margem à vontade individual, à autonomia privada. Ampliam-se a liberdade e o direito de manifestação das ideias.
- f) A democratização – a sociedade familiar passa a ser uma sociedade igualitária, substituindo-se a hierarquia pelo companheirismo, e pela possibilidade de todos os membros da entidade familiar opinarem para as tomadas de decisões.

Em face desses novos valores constitucionais ocorre uma universalização e humanização do Direito das Famílias, provocando uma mudança paradigmática dentro deste (DIAS, 2015, p. 36) e fazendo surgir uma nova modalidade de família, tendo como núcleo a relação afetiva dentre aqueles que a compõe. Aduz Maria Berenice Dias (2015, p. 36):

Procedeu o legislador constituinte ao alargamento do conceito de família e emprestou juridicidade ao relacionamento fora do casamento. Afastou da ideia de família o pressuposto do casamento, identificando como família também a união estável entre um homem e uma mulher. A família à margem do casamento passou a merecer tutela constitucional porque apresenta condições de sentimento, estabilidade e responsabilidade necessários ao desempenho das funções reconhecidamente familiares⁶. Nesse redimensionamento passaram a integrar o conceito de entidade familiar as relações monoparentais: um pai com os seus filhos. Agora, para a configuração da família, deixou de se exigir necessariamente a existência de um par, o que, consequentemente, subtraiu de seu conceito a finalidade procriativa.

Para Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva (2012, p. 47) “na evolução do direito de família verifica-se que, além de ser havida como célula básica da sociedade, presentes os interesses do Estado, a família passou a ser tratada como centro de preservação do ser humano, com a devida tutela à dignidade nas relações familiares”. Fez-se extremamente necessária esta mudança trazida tanto pela Constituição Federal quanto pelo Código Civil de 2002, uma vez que o texto normativo não mais acompanhava os anseios sociais e o modo de viver do indivíduo. Afirmam os autores (MONTEIRO; SILVA, 2012, p. 62):

O código civil de 1916 não retratava o panorama atual da família, por ele disciplinada à luz de princípios que já não mais vigoravam. As alterações introduzidas por leis especiais, revogando explicitamente o texto anterior, ou com

⁶ OLIVEIRA, José Lamartine C. de; MUNIZ, Francisco JoséF. **Curso de direito de família**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2002. Citado por Maria Berenice Dias, 2015, p.36

ele incompatíveis, faziam com que o jurista se deparasse com um emaranhado de leis nem sempre precisas, desprovidas de um princípio inspirador único, de modo a tornar praticamente impossível um tratamento sistemático da matéria.

Em decorrência do fenômeno da constitucionalização a função da família se modifica, o objeto do Direito Civil não é mais a autonomia da vontade focada na propriedade e na liberdade econômica e sim na própria pessoa humana e seus valores existenciais, que passa a ser a destinatária final das normas do Direito das Famílias, “...ao se transformar em espaço de realização da afetividade humana, a família marca a transição da função econômica, política, religiosa e procracional para essa nova função. Tal contexto se amolda ao fenômeno jurídico-social denominado de *repersonalização* das relações civis” (SANTIAGO, 2015, p. 23).

Configura-se desta maneira o fenômeno de *repersonalização* dentro do Direito das Famílias. A antiga primazia da patrimonialização, anteriormente inerente ao Direito Civil, não mais cabe neste novo ordenamento Civil-Constitucional, uma vez que ela é incompatível com os valores fundados no princípio da dignidade da pessoa humana, princípio este tido como fundamental pelo texto constitucional (SANTIAGO, 2015).

1.2. Intervenção do Estado nas relações familiares e o Direito das Famílias Mínimo

Ainda nesta nova perspectiva constitucional do Direito das Famílias, tema de relevância a se pontuar é a diminuição da intervenção estatal nas relações familiares, que, atualmente, apresenta-se como mínima, estabelecendo-se o Estado, nesse aspecto de intervenção familiar, como uma figura de papel simplesmente garantista, e não mais apenas instituidor.

Este Direito das Famílias Mínimo⁷ representa com primazia a valorização da autonomia privada. O Direito das Famílias contemporâneo se tornou a expressão mais pura de

⁷ Leonardo Moreira Alves (2010) se inspira no Direito Penal (“Direito Penal Mínimo”) e, com base no princípio da intervenção mínima, defende a ideia de que, na atualidade, há um verdadeiro Direito de Família Mínimo, no sentido de que, em regra, deve prevalecer o exercício da autonomia privada dos componentes das relações familiares, pois somente desta maneira seria possível efetivamente garantir o implemento de seus direitos fundamentais e o desenvolvimento de sua personalidade; tendo como exemplo deste Direito de Família Mínimo a paternidade socioafetiva, a mediação, união homoafetiva, união estável etc. Algumas intervenções do Estado dentro das relações familiares não são mais admitidas, como por exemplo o dever de coabitação antes obrigatório.

uma relação jurídica privada, ou seja, da autonomia privada dos indivíduos desta relação (FARIAS; ROSENVALD, 2012). Assim sendo, a ingerência estatal só será legítima e justificável quando buscar a proteção do sujeito de direito, em especial os vulneráveis, como são as crianças, os adolescentes e as pessoas idosas; não servirá para limitar a atuação dos indivíduos dotados de autonomia privada (FARIAS; ROSENVALD, 2012).

Cristiano Farias e Nelson Rosenvald (2012) assim definem:

Trata-se, destarte, de simples projeção da autonomia privada como pedra de toque das relações regidas pelo Direito Civil como um todo, como corolário do reconhecimento da liberdade de atuação do titular no campo privado. Em sendo assim, o Estado somente deverá atuar nas relações privadas para assegurar garantias mínimas, fundamentais ao titular.

A atuação do Estado nas relações familiares era abundante, por meio de normas jurídicas a vontade do indivíduo era limitada, penetrando o Estado nas relações familiares de modo a estabelecer comportamentos que seriam cumpridos por todos os envolvidos no núcleo familiar (FARIAS; ROSENVALD, 2012). Nas palavras de Sílvio Rodrigues, citado por Cristiano Farias e Nelson Rosenvald (2012), já foi anteriormente dito que “dentro do Direito de Família o interesse do Estado é maior do que o individual” quando analisado o Direito das Famílias de uma perspectiva não constitucional. A família não era tratada como parte da sociedade e sim como posse do Estado.

O Código Civil de 1916 é tido como prova da intervenção do Estado no campo familiar de forma inadequada e prejudicial, trazendo irremediáveis consequências (em especial psicológicas) aos componentes da família, causando detrimientos sociais para que se sobressaíssem os interesses estatais (ALVES, 2009). Há de se observar que, ao contrário da entidade familiar e da concepção de indivíduo independente esculpida pela Constituição de 1988, o Código Civil de 1916 possuía viés patrimonialista e tentava concentrar toda a matéria de Direito Privado em si, focando a proteção legal não no indivíduo, e sim no patrimônio. A transformação paradigmática ocorrida pós-promulgação da Constituição de 1988 trouxe verdadeiras mudanças sobre as concepções de família, indivíduo e limites de intervenção estatal, uma vez que o foco não mais seria a proteção ao patrimônio e sim proteção ao indivíduo, era essencial garantir seus direitos e a possibilidade de autossatisfação. Configura-se então verdadeira *privatização do Estado*, no sentido de limitar sua ingerência nas relações familiares e fazer com que o foco principal seja a autonomia da vontade individual e a

liberdade para exercê-la, juntamente com uma *desinstitucionalização da família*, gerando então o fenômeno da *intervenção mínima do Estado no âmbito de Direito de Família* (ALVES, 2009).

Nas palavras de Cristiano Farias e Nelson Rosenvald (2012, p.158):

Forçoso reconhecer, portanto, a suplantação definitiva da (indevida e excessiva) participação estatal nas relações familiares, deixando de ingerir sobre aspectos personalíssimos da vida privada, que, seguramente, dizem respeito somente à vontade e à liberdade de autodeterminação do próprio titular, como expressão mais pura de sua dignidade. O Estado vai se retirando de um espaço que sempre lhe foi estranho, afastando-se de uma ambientação que não lhe diz respeito (esperando-se, inclusive, que venha, em futuro próximo, a cuidar, com mais vigor e competência, das atividades que, realmente, precisam de sua direta e efetiva atuação).

Nesta mudança paradigmática que resulta na valoração da vontade do indivíduo e na proteção constitucional da pessoa humana (intangível em sua dignidade, consoante art. 1º, III da CF/88), vê-se uma limitação da presença do Estado nas relações familiares, que passa a respeitar a liberdade individual, uma verdadeira afirmação da autonomia privada do Direito das Famílias (FARIAS; ROSENVALD, 2012). Agora os componentes do núcleo familiar poderão encaminhar livremente seus projetos familiares, sendo ilegítima a intervenção do Poder estatal quando a relação familiar é travada entre pessoas livres e iguais (FARIAS; ROSENVALD, 2012).

Prova concreta da consagração deste Direito das Famílias Mínimo se faz por meio do art. 1.513 do Código Civil de 2002⁸. Dita este:

Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

O artigo comprova que há, no ordenamento brasileiro, dispositivo expresso que proíbe a intervenção tanto do Estado quanto de pessoa de direito privado, no seio familiar. A proteção à privacidade familiar é máxima, sendo sua exceção possível somente quando for necessária a realização pelo Estado da tutela aos direitos fundamentais dos integrantes da família e desde que prevista em lei a hipótese, como é o caso de proteção do interesse do menor ou do idoso, do contrário a comunhão plena de vida, ou a liberdade afetiva, deverão

⁸ BRASIL, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

prevalecer (ALVES, 2009). Quanto à atuação estatal afirmou Cristiano Farias e Nelson Rosenvald (2012, p.157):

Naturalmente, esta atuação estatal no âmbito das famílias tem de estar pautada pelo respeito à dignidade das pessoas, não sendo possível impor condutas atentatórias à liberdade de autodeterminação humana. A regra geral a ser obedecida, destarte, é o reconhecimento da autonomia privada, permitindo “que cada indivíduo cultive e desenvolva uma relação afetiva da maneira que mais lhe interessar”⁹.

Maria Helena Diniz (2012) afirma ainda que a intervenção do estado no Direito das Famílias é uma atuação protetora dos direitos e garantias constitucionalmente consagrados, para que os indivíduos possam ter livre exercício de suas vontades dentro da entidade familiar, que tem como núcleo o afeto.

Nas palavras de Leonardo Barreto Moreira Alves (2009, p. 139):

Isso significa, também como regra geral, que **o Estado não deve ingerir no âmago familiar, devendo ser reservado espaço íntimo para que seus próprios componentes, por meio do afeto, busquem a felicidade própria, desenvolvam a sua personalidade, e, por consequência, fomentem a satisfação uns dos outros.** Nesse sentido, lembre-se mais uma vez que a família dos dias de hoje, por envolver relações afetivas, é muito mais uma entidade de fato do que uma instituição jurídica de monopólio do Estado, como outrora era tratada. (Grifo nosso)

Conclui-se finalmente que não deve o Estado ingerir no âmago familiar para impor limites e condições às relações familiares, devendo prevalecer nestas a autonomia privada, para que os indivíduos participantes destas relações tenham a liberdade para buscar sua satisfação e felicidade. No que tange a intervenção estatal nas famílias deve o Estado assim cumprir um papel de garantir direitos, em especial os fundamentais reconhecidos em sede constitucional (FARIAS; ROSENVALD, 2012).

Em síntese, deve o Estado interferir nas entidades familiares somente para efetivar a promoção dos direitos e garantias, em especial os fundamentais, dos indivíduos pertencentes a estas relações familiares, assegurando sua dignidade (FARIAS; ROSENVALD, 2012).

⁹ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Família mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada do Direito de Família, cit., p. 141. 2010.

CAPÍTULO 2: A TEORIA DO DESAMOR E A FAMÍLIA

2.1. A (nova) família

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves¹⁰ (2012, p. 72) “o direito de família é, de todos os ramos do direito, o mais intimamente ligado à própria vida, uma vez que, de modo geral, as pessoas provêm de um organismo familiar e a ele conservam-se vinculadas durante a sua existência, mesmo que venham a constituir nova família”.

O ser humano nasce e se desenvolve dentro da esfera do seio familiar, verdadeira estrutura fundamental da sociedade, local em que se origina e se manifesta a organização de potencialidades do indivíduo objetivando a convivência em comunidade e a busca de sua realização pessoal (FARIAS; ROSENVALD, 2012).

A família é uma realidade sociológica que constitui a base do Estado, é o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social, merece esta, portanto, a mais ampla proteção do Estado. (GONÇALVES, 2012).

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2014, p.129) delimitam três características em especial que moldam o conceito básico de família:

- a) Núcleo existencial composto por mais de uma pessoa: a ideia óbvia é que, para ser família, é requisito fundamental a presença de, no mínimo, duas pessoas;
- b) Vínculo socioafetivo: é a afetividade que forma e justifica o vínculo entre os membros da família, constituindo-a. a família é um fato social, que produz efeitos jurídicos.
- c) Vocação para a realiza  o pessoal de seus integrantes: seja qual for a intenção para a constitui  o de uma família (dos mais puros sentimentos de amor e paixão, passando pela emancipa  o e conveniência social, ou até mesmo ao extremo mesquinho dos interesses puramente econ  micos), formar uma família tem sempre a finalidade de concretizar as aspirações dos indivíduos, na perspectiva da função social.

No apanhado de características realizado pelos autores percebe-se ser complicado delimitar um conceito fechado de família, uma vez que diferentes modos de organiza  o

¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. Livro eletrônico.

social atualmente podem ser assim considerados; a família tida como “tradicional” não é mais exemplo único para as formas familiares na sociedade moderna.

Os autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2014, p. 136) afirmam:

Se o nosso conceito “genérico” de família é de um núcleo existencial integrado por pessoas unidas por um vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes, a formação de grupamentos, em sociedades antigas, já permitira realizar algumas finalidades, ainda que rudimentares, como a produção (o trabalho conjunto para satisfação das necessidades básicas de subsistência), a de reprodução (preocupação proporcional, na formação de descendência) e a assistência (defesa contra inimigos e seguro contra a velhice).

Desta maneira, os primeiros grupamentos humanos também podem ser considerados como núcleos familiares, na medida em que se caracterizam como uma reunião de pessoas com a finalidade de formação de uma coletividade de proteção recíproca, produção e reprodução. Nestes núcleos já se nota um desenvolvimento do afeto e da busca da completude existencial (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014). Apesar desse notável desenvolvimento do afeto os grupamentos familiares não eram formados com base na afetividade, mas sim na instintiva luta pela sobrevivência; em Roma a família era pautada numa unidade econômica, política, militar e religiosa, comandada por uma figura do sexo masculino, o *pater famílias* (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014). A decadência do Império Romano e o crescimento do Cristianismo trouxe uma nova concepção de família, fundada essencialmente no casamento, que se tornou modelo hegemônico na sociedade ocidental, passando da Antiguidade até chegar à Idade Moderna. Uma mudança desta organização familiar começa a surgir a partir da Revolução Industrial, em meados do século XVIII, a partir do ingresso maciço das mulheres no mercado de trabalho, o que fez com que o homem deixasse de ser a única fonte de subsistência da família. A família perde então um pouco do seu caráter produtivo e reprodutivo, repensando o tamanho de sua prole e valorizando a aproximação de seus membros e o vínculo afetivo entre eles (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014). O conceito de família patrimonial foi desfeito pelos avanços do séc. XX, motivados por revoluções sociais características à época, ditam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2014, p.150):

A formação dos grandes centros urbanos, a revolução sexual, o movimento feminista, a disseminação do divórcio como uma alternativa moralmente válida, a valorização da tutela da infância, juventude e terceira idade, a mudança de papéis nos lares, a supremacia da dignidade sobre valores pecuniários, o reconhecimento do

amor como elo mais importante da formação de um “LAR, Lugar de Afeto e Respeito”, tudo isso e muito mais contribuiu para o repensar do conceito de família na contemporaneidade.

No âmbito brasileiro a família patriarcal, usada como modelo pela legislação brasileira desde a Colônia, durante o Império e perdurando até parte do século XX, entrou em colapso, culminando sua derrocada, no plano jurídico, pelos valores trazidos na Constituição de 1988 (LOBO, 2011). Ressaltam Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva (2012, p.60):

o desaparecimento da posição de superioridade de que desfrutava o homem na sociedade fez com que os cônjuges fossem colocados em condições de igualdade no casamento, suprimida a pessoa do chefe de família, que ainda se mantinha no Código Civil de 1916, diploma legal este em que o homem tinha o direito de fixar o domicílio da consorte e da família, dar o consentimento para os filhos menores se casarem, ter preferência no exercício do pátrio poder, agora chamado poder familiar, a mulher desfruta da mesma posição jurídica no casamento que ao homem reconhece, conforme ditame constitucional, acetado pelo Código Civil de 2002..

A família atual se matriza em um paradigma que concentra sua atual função: a afetividade. Desta maneira, enquanto houver afeto, haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, consolidada necessariamente na simetria, na colaboração e na comunhão de vida entre seus indivíduos (LOBO, 2011). A instituição familiar pós Constituição da República de 1988 passou a ter a proteção do Estado, princípio este universalmente ¹¹ aceito e adotado pelas constituições da maioria dos países, independentemente do sistema político ou ideológico adotado por eles (LOBO, 2011).

A família atualmente busca sua identificação na solidariedade (art. 3º, I, da CF/88), como um dos fundamentos da afetividade. Não sendo mais considerada como unidade produtiva, a família não mais possui sua função econômica, assim como perdeu o sentido falar em função procracional, uma vez que diversos casais atualmente constituem o que se considera família sem pretensão de terem filhos (LOBO, 2011). A família contemporânea se sustenta na solidariedade, cooperação e respeito à dignidade de cada um de seus componentes, que, por sua vez, se obrigam de forma recíproca em uma comunidade de vida (LOBO, 2011). Nas palavras de Paulo Lobo (2011, 21) “a afetividade, assim, desponta como elemento nuclear e definidor da união familiar, aproximando a instituição jurídica da

¹¹ A Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada pela ONU em 10 de dezembro de 1948 assegura às pessoas humanas o direito de fundar uma família. Estabelece o art. 16.3: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”.

instituição social. A afetividade é o triunfo da intimidade como valor, inclusive jurídico, da modernidade”.

Como movimento resultante deste Direito Civil Constitucional a família passou a ser concebida como um espaço propício para realizações pessoais, liberdade afetiva e ambiente de efetivação da autonomia da vontade individual, sendo esta entidade protegida pelo Estado, sem que este interfira nela.

Ressaltam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2014, p.184):

Assim como a propriedade, o contrato, a empresa, a família também desempenha importante papel, e, sob o aspecto teleológico, é dotada de funcionalidade. Enquanto base da sociedade, a família, hoje, tem a função de permitir, em uma visão filosófica-eudemonista, a cada um dos seus membros, a realização dos seus projetos pessoais de vida.

Em virtude do processo de constitucionalização pelo qual passou o Direito Civil, o papel a ser desempenhado pela família ficou mais nítido, concluindo-se por uma inafastável repersonalização, ou seja, não mais vigora o caráter patrimonial ou de estabilização matrimonial a todo custo, e sim a própria pessoa humana, em sua dimensão existencial e familiar, em que ela e o indivíduo são verdadeiros destinatários das normas do Direito das Famílias (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014).

Sobre os efeitos desta mudança paradigmática, ensinam Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva (2012, p.60):

Família e afeto são dois personagens desse novo cenário. Contemporaneamente, o afeto é desenvolvido e fortalecido na família, sendo este, ao mesmo tempo, a expressão de união entre seus membros e a mola propulsora dos integrantes que buscam a sua realização pessoal através da sua exteriorização de forma autêntica.

Ensina ainda Maria Berenice Dias (2015, p.45) sobre o papel da família como espaço de proteção e realização do indivíduo:

A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum –, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.

Nesta concepção de família como espaço para que se exerça a autonomia da vontade do indivíduo, faz necessário vislumbrar um caráter pluralista da família, que abrange por sua vez os mais diversos arranjos familiares, tendo todos eles em comum o traço da afetividade que une estes indivíduos.

A Constituição Federal¹² elenca em seu art. 226 modalidades de família que possuem especial proteção do Estado:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Há de se considerar, no entanto, que este rol se apresenta de maneira demasiada restritiva, uma vez que diversas organizações sociais que possuem como núcleo a relação afetiva entre os indivíduos, ou seja, modalidades de família, não constam no rol apresentado pelo art. 226, como por exemplo: a família informal, homoafetiva¹³, monoparental etc, sendo todas estas reconhecidas pela doutrina como modalidades de família que também merecem a proteção estatal.

Diante de todas estas novas concepções e modelos de instituições familiares entende-se que a família não pode se enquadrar numa moldura rígida, ou em um suposto rol taxativo, como aquele constante na Constituição Federal; considera-se assim que o rol do art. 226 da CF/1988 possui efeito meramente exemplificativo (TARTUCE, 2014).

A família moderna é *eudemonista*, buscando a felicidade de cada um de seus indivíduos e possibilitando suas realizações pessoais sem a indevida ingerência do Estado. Para Maria Berenice Dias (2015, p. 143) “a busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida. São as relações afetivas o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais”. O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido da busca

¹²BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹³Modalidade familiar reconhecida pelos Tribunais Superiores. Ver *Informativo nº 486* do STJ e *Informativo nº 625* do STF

pela felicidade realizada pelo indivíduo, a absorção deste princípio pelo ordenamento jurídico altera o sentido da proteção jurídica da família, focando na felicidade do sujeito e na autonomia privada de cada indivíduo¹⁴ (DIAS, 2015). Não mais existem razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais que justifiquem a intervenção estatal no âmbito familiar, a família passa a se identificar como “comunhão de vida, de amor e de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca” (DIAS, 2015, p.144).

2.2. O poder familiar

A expressão “Poder Familiar” corresponde ao antigo *pátrio poder*, instituto originário do Direito Romano, *pater potestas*, que conferia ao chefe do núcleo familiar direito absoluto e ilimitado sobre os filhos.

Maria Berenice Dias afirma que a mudança do termo para “poder familiar” se deu graças ao movimento feminista, que reagiu à característica machista no instituto que ainda guardava resquícios da sociedade patriarcal. O Código Civil de 1916 assegurava ao marido de maneira exclusiva, como chefe da sociedade conjugal, o pátrio poder. Havendo falta ou impedimento do pai a chefia da sociedade conjugal passava à mulher, devendo esta então assumir o exercício deste poder em relação aos filhos. O Estatuto da Mulher Casada¹⁵ ao alterar redação do Código Civil de 1916 assegurou o pátrio poder a ambos os pais, sendo este exercido pelo marido juntamente com a colaboração da mulher¹⁶; havendo divergência entre os genitores prevaleceria a vontade do pai, sendo facultado à mãe socorrer-se à justiça (DIAS, 2015).

Promulgada a Constituição de 1988 a mudança paradigmática trouxe tratamento isonômico ao homem e à mulher, assegurou-lhes iguais direitos e deveres referentes à sociedade conjugal e outorgou a ambos o desempenho do poder familiar com relação aos filhos comuns, como demonstram os arts. 5º, I e 226, § 5º, CF/88.

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade

¹⁴ Prova deste deslocamento de foco da proteção é o art. 226, §8º, CF, que dita “o Estado assegurará a assistência à família **na pessoa de cada um dos que a integram**”. (grifo nosso)

¹⁵ BRASIL, Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962.

¹⁶ Note-se aqui que ainda não há igualdade entre homens e mulheres, uma vez que a mulher ainda não detém o pátrio poder, somente colabora com o marido ao exercê-lo.

do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Com a vigência do Código Civil de 2002 o termo “pátrio poder” foi substituído por *poder familiar*¹⁷, tendo sido a expressão totalmente superada pela despatrimonialização do Direito das Famílias, ou seja, pela perda do domínio exercido pela figura paterna; o poder familiar será exercido pelo pai e pela mãe, prova do tratamento isonômico dado pela Constituição (TARTUCE, 2014).

Acompanhando a evolução das relações familiares, o ECA também mudou substancialmente o instituto, o poder familiar deixou de ter um sentido de dominação para se tornar sinônimo de proteção, dotado de mais deveres e obrigações dos pais para com os filhos do que de direitos em relação a eles (DIAS, 2015).

Flávio Tartuce (2014, p.393) conceitua o instituto como sendo “o poder exercido pelos pais em relação aos filhos, dentro da ideia de família democrática, do regime de colaboração familiar e de relações baseadas, sobretudo, no afeto”. O filho, que antes era objeto de poder, passa a ser verdadeiro sujeito de direito; esta inversão de valores ensejou necessária modificação no conteúdo do poder familiar, em face do interesse social que envolve; o poder familiar não se trata mais de um exercício de autoridade e sim um cargo imposto por lei aos pais (DIAS, 2015). Relata Maria Berenice Dias (2015, 462):

Conforme Caio Mario da Silva Pereira, o Estado fixa limites de atuação aos titulares do poder familiar. A ideia predominante é de que a potestas deixou de ser uma prerrogativa do pai para se firmar como a fixação jurídica do interesse dos filhos. A autonomia da família não é absoluta, sendo cabível – e vez por outra até salutar – a intervenção subsidiária do Estado. O grande desafio é encontrar o ponto do equilíbrio entre duas situações opostas: a supremacia do Estado nos domínios da família e a onipotência daquelas que assumem o poder de direção da família.

¹⁷ Em que pese a retirada da palavra “pátrio” para expressar tratamento isonômico do homem e da mulher conceituado pela Constituição de 1988, parte da doutrina critica o termo *poder familiar*, uma vez que este é muito mais um conjunto de deveres do que um poder sobre a prole. Nas palavras de Maria Berenice Dias (2015, p.461): “a expressão que goza da simpatia da doutrina é autoridade parental. Melhor reflete a profunda mudança que resultou da consagração constitucional do princípio da proteção integral de crianças, adolescentes e jovens (CF 227). Destaca que o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, de quem deve ser haurida a legitimidade que fundamenta a autoridade. Mas já surge movimento indicando como mais apropriado o termo *responsabilidade parental*”.

A autoridade parental está impregnada de deveres que ultrapassam o campo material para influir também no campo existencial, sendo obrigatório aos pais satisfazer as necessidades dos filhos, em especial as de índole afetiva (DIAS, 2015). O poder familiar se caracteriza por ser irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. Ele decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva, sendo as obrigações que dele fluem personalíssimas; como os pais não podem renunciar aos filhos os encargos da paternidade também serão intransferíveis e inalienáveis (DIAS, 2015). O princípio da proteção integral acabou por implementar nova configuração ao poder familiar, sua obrigatoriedade; o inadimplemento dos deveres a ele inerentes configura infração susceptível à pena de multa, como estipulado pelo art. 249 do ECA (DIAS, 2015).

Nas palavras de Paulo Lobo (2011, p.298): “O poder familiar é, assim, entendido como uma consequência da parentalidade e não como efeito particular de determinado tipo de filiação. Os pais são os defensores legais e protetores naturais dos filhos, os titulares e depositários dessa específica autoridade, delegada pela sociedade e pelo Estado”.

O Código Civil de 2002 enumera atribuições do exercício do poder familiar, deveres legais, competente aos pais:

- Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)
- I - dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)
 - II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)
 - III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)
 - IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)
 - V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)
 - VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)
 - VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)
 - VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)
 - IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

As atribuições delimitadas pelo Código Civil devem ser encaradas como verdadeiros deveres legais dos pais em relação aos filhos, podendo assim sua violação gerar

responsabilidade civil da autoridade parental por ato ilícito, tendo preenchido os requisitos constantes do art. 186 do CC/02 (TARTUCE, 2014).

Quanto ao Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁸ (ECA), este trata do poder familiar em duas passagens: no capítulo dedicado ao direito à convivência familiar e comunitária (referente aos arts. 21 a 24) e no capítulo referente aos procedimentos, relativamente à perda e à suspensão do poder familiar (arts. 55 a 163). As regras trazidas pelo ECA possuem função complementar à legislação do tema exposta no Código Civil, havendo convergência entre eles no que tange o direito material e a priorização da proteção ao menor.

No que se refere ao presente trabalho pretendido, há de se frisar no tema a lição de Maria Berenice Dias (2015, p. 464), extensa, porém completa, no que se refere ao poder familiar, verdadeiro dever parental, quando da não vivência em comum dos pais:

O exercício do poder familiar não é inerente à convivência dos cônjuges ou companheiros. É plena a desvinculação legal da proteção conferida aos filhos à espécie de relação dos genitores. Todas as prerrogativas decorrentes do poder familiar persistem mesmo quando elo divórcio, o que não modifica os direitos e deveres em relação aos filhos (CC 1.579). Também a dissolução da união estável não se reflete no exercício do poder familiar. Em caso de divergência, qualquer um dos pais pode socorrer-se da autoridade judiciária (CC 1.631, parágrafo único).

Solvido o relacionamento dos pais, nada interfere no poder familiar com relação aos filhos (CC 1.632). Os filhos permanecem sob a guarda compartilhada dos genitores, ainda que não haja acordo entre ambos. O tempo de convívio deve ser dividido de forma equilibrada. Ainda assim persiste o dever de ambos de promoverem o sustento da prole. O genitor que tem melhor condição econômica deve prestar alimentos ao filho.

Como o poder familiar é um complexo de direitos e deveres, a convivência dos pais não é requisito para a sua titularidade, competindo aos dois seu pleno exercício. Têm ambos o dever de dirigir a criação e a educação, conceder ou negar consentimento para casar, para viajar ao exterior, mudar de residência, bem como representá-lo e assisti-lo judicial ou extrajudicialmente (CC 1.634). Sempre que é exigida a concordância de ambos os genitores, não basta a manifestação isolada de apenas um, ainda que o filho esteja sob sua guarda. É necessário ou o suprimento judicial do consentimento, ou a suspensão ou a exclusão do poder familiar do outro genitor.

Lição a se tirar é a característica real do poder familiar, qual seja, complexo de direitos e deveres em relação à prole, não importando para isso que os pais estejam se relacionando romanticamente. A obrigação de cuidar e proteger a prole é de ambos os genitores, a não convivência dos pais não exonera nem a um e nem a outro do dever de cuidar dos filhos. O rol apresentado pelo art. 1.634 do Código Civil é falho no sentido de não constar o mais importante dever dos pais em relação aos filhos: o dever de dar amor, afeto e carinho; “a missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos

¹⁸ BRASIL, Lei nº 8.069 de 13 de Julho de 1990.

menores, não se limita a encargos de natureza patrimonial. A essência existencial do poder familiar é a mais importante, que coloca em relevo a afetividade responsável” (DIAS, 2015, p.466), afetividade esta que é propiciada pela convivência familiar.

2.3. Delimitando a questão do dano moral por abandono afetivo na doutrina

A “teoria do desamor”, também conhecida popularmente como a “responsabilidade civil por abandono afetivo”, “dano moral por abandono afetivo” ou “tese do abandono paterno-filial”, foi tratada de por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, uma das pioneiras no tema, que em seu artigo “Os Contornos Jurídicos da Responsabilidade Afetiva na Relação entre Pais e Filhos – Além da Obrigação Legal de Caráter Material”¹⁹, o expôs de maneira introdutória, buscando delimitar os efeitos e possibilidades jurídicas que englobariam a teoria.

Para a autora o assunto é de extrema delicadeza, uma vez que trata de revestir sentimentos pessoais de conotação e efeitos jurídicos, sentimentos estes nascidos no seio familiar. Aduz a autora (HIRONAKA, 2005, p.4):

O assunto refere-se exatamente a esta difícil e delicada questão: podem um pai ou uma mãe ser responsabilizados civilmente – e por isso, condenados a indenização – pelo abandono afetivo perpetrado contra o filho? A procura pelo fundamento da resposta a essa pergunta levaria à seguinte indagação: a denominada responsabilidade paterno-filial resume-se ao dever de sustento, ao provimento material do necessário ou do imprescindível para manter a prole, ou vai além dessa singela fronteira, por situar-se no campo do dever de convívio, a significar uma participação mais integral na vida e na criação dos filhos, de forma a contribuir em sua formação e subsistência emocionais.

Giselda Hironaka (2005, p.4) aponta que, atualmente, no âmbito jurídico, há dois lados que devem ser levados em conta para a análise da questão:

Por um lado – nesta vertente da relação paterno-filial em conjugação com a responsabilidade - há o viés naturalmente jurídico, mas essencialmente justo, de buscar-se indenização compensatória em face de danos que os pais possam causar a seus filhos por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles são negados a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna ou materna concretas, o que acarretaria a violação de direitos próprios da personalidade humana, de forma a magoar seus mais sublimes valores e garantias, como a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social; isso, por si só, é profundamente grave.²⁰

¹⁹HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Aspectos jurídicos da relação paterno-filial**. Carta Forense São Paulo, ano III, n. 22, p.3, março, 2005. Citado por Giselda Hironaka, 2005, p.4.

²⁰HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Aspectos jurídicos da relação paterno-filial**. Carta Forense São Paulo, ano III, n. 22, p.3, março, 2005.

Por outro lado – é invencível e imprescindível esta menção – outros casos considerados como assemelhados não foram recepcionados pelo Poder Judiciário²¹ – e de modo acertado, segundo o meu sentir – exatamente porque as decisões não reconheceram, nos casos concretos, a existência de danos morais indenizáveis decorrentes do fato de um eventual abandono afetivo, ou porque não houve dano, ou porque não houve abandono, ou porque não estava estabelecida a relação paterno-filial da qual decorre a responsabilidade em apreço, ou, finalmente, porque não se estabeleceu o imprescindível nexos de causalidade, causa eficiente da responsabilização civil *in casu*.

A teoria do desamor é trabalhada a partir de três pontos que se intercalam: a constitucionalização do Direito Civil, e, por conseguinte, uma nova visão do Direito das Famílias e da própria instituição familiar (os deveres e obrigações dos indivíduos dentro do núcleo familiar), o reconhecimento da afetividade (e a importância do afeto) como princípio do Direito das Famílias e como verdadeira obrigação dentro deste ambiente familiar constitucionalizado (considerando sua falta em decorrência do abandono um ato ilícito), e por fim a possibilidade de configuração da responsabilidade civil, a partir da aferição de seus requisitos necessários: o dano, a culpa do autor e o nexos causal.

O dever de indenizar decorrente do abandono afetivo surge a partir de uma perspectiva civil-constitucional; seu elemento central é pautado na funcionalização da entidade familiar, que, após sua despatrimonialização, deve tender à realização da personalidade de seus membros, protegendo sua prole e oferecendo oportunidade para que haja realização pessoal dentro do ambiente familiar (HIRONAKA, 2007). Para que esta realização pessoal alcance todo o seu potencial mister se faz a convivência dos indivíduos desta família, em especial a prole com seus genitores, fazendo cumprir o dever de cuidado inerente ao poder familiar.

A Constituição Federal e o ECA acolhem ambas a doutrina da proteção integral; crianças e adolescentes devem ser colocados a salvo de toda e qualquer forma de negligência, são estes sujeitos de direito e assim foram contemplados com enorme número de garantias e prerrogativas, o que necessariamente implica em obrigações de outros que serão responsáveis em dar efetividade a estas garantias: a família, a sociedade e o Estado (DIAS, 2015). Em seus arts. 7º e 19, o Estatuto da Criança e do Adolescente identifica como direito fundamental de seus protegidos o desenvolvimento sadio e harmonioso (art. 7º) assim como o direito à criação

²¹ São casos assim, por exemplo, aqueles mencionados pelas decisões do mesmo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (julgado recente, não disponibilizado pelo TJMG por correr em segredo de justiça, do qual foram desembargadores Luciano Pinto, Márcia Paoli Balbino e Irmair Ferreira Campos – relator,) e pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Ap. Cível n. 2004.001.13664, rel. desembargador Mário dos Santos Paulo – juiz *a quo* André Veras de Oliveira, 4ª Câmara Cível, TJRJ.).

e educação dentro do seio familiar, deixando clara a importância da família para o desenvolvimento do indivíduo.

A família moderna tem em seu centro o afeto como elemento agregador, exigindo dos pais o dever de criar e educar seus filhos sem lhes omitir o carinho necessário à sua formação (DIAS, 2015). A evolução de algumas áreas da ciência que estudam o psiquismo humano permitiu constatar a decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio dos indivíduos em formação, o que no campo do direito fez surgir uma concepção de paternidade familiar (DIAS, 2015).

Sobre o tema afirma Maria Berenice Dias (2015, p.97):

A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer o seu desenvolvimento saudável. A figura do pai é responsável pela primeira e necessária ruptura da intimidade mãe-filho e pela introdução do filho no mundo transpessoal, dos irmãos, dos parentes e da sociedade. Nesse outro mundo, imperam ordem, disciplina, autoridade e limites. A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação. Se lhe faltar essa referência, o filho estará sendo prejudicado, talvez de forma permanente, para o resto de sua vida. Assim, a ausência da figura do pai desestrutura os filhos, tira-lhes o rumo da vida e debita-lhes a vontade de assumir um projeto de vida. Tornam-se pessoas inseguras, infelizes.

O distanciamento entre a prole e seus genitores pode produzir sequelas de ordem emocional, o sentimento de dor e abandono pode deixar reflexos permanentes na vida do indivíduo, por isso, partindo das obrigações inerentes ao poder familiar, a convivência com os filhos não é um direito do pai, e sim um dever; não há um direito de visita-lo, há obrigação de convívio (DIAS, 2015). Nesta linha de raciocínio, como a falta de convívio pode gerar danos a ponto de comprometer o desenvolvimento pleno e saudável do filho, a omissão do pai pode gerar dano afetivo suscetível de ser indenizado, tendo como resultado da negligência, inclusive, a perda do poder familiar, por configurar abandono (Art. 1.638, II, CC/2002) (DIAS, 2015). Para a autora a penalização de perda do poder familiar não é suficiente, pois em alguns casos esta perda configura-se como verdadeira bonificação pelo abandono. A ausência dos cuidados inerentes ao poder familiar, o abandono moral, chegam a violar valores constitucionalmente protegidos, a integridade psicofísica dos filhos, assim como o princípio da solidariedade familiar (DIAS, 2015).

Em consonância com este entendimento, opina Suzana Borges Viegas de Lima (2015):

Ainda que divorciados ou nunca terem-se unido por laços de afeto, ambos os pais são detentores do poder familiar enquanto não incidir nenhuma das causas de suspensão ou extinção, portanto, são responsáveis pelos deveres de criação, educação, guarda e companhia, entre outros que integram o poder familiar. Em virtude de circunstâncias, tais como o modelo de guarda adotado ou a distância geográfica entre pais e filhos, o seu exercício terá maior ou menor intensidade, mas jamais poderá ser voluntariamente ignorado, pois constitui um direito-dever, exercido sempre em benefício dos filhos, seus verdadeiros destinatários.

A questão da responsabilidade por abandono para Paulo Lobo (2011, p. 312) possui casos difíceis e com ponderáveis razões em cada lado, sua relevância sendo justificável, “tendo em conta a natureza dos deveres jurídicos do pai para com o filho, o alcance do princípio jurídico da afetividade e a natureza laica do Estado de Direito, que não pode obrigar o amor ou afeto às pessoas²²”. Nessa baila o autor afirma que o princípio da paternidade responsável vai além do cumprimento de simples assistência material:

Entendemos que o princípio da paternidade responsável estabelecido no art. 226 da Constituição não se resume ao cumprimento do dever de assistência material. Abrange também a assistência moral, que é dever jurídico cujo descumprimento pode levar à pretensão indenizatória. O art. 227 da Constituição confere à criança e ao adolescente os direitos “com absoluta prioridade”, oponíveis à família – inclusive ao pai separado -, à vida, à saúde, à educação, ao lazer, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar, que são direitos de conteúdo moral. O poder familiar do pai separado não se esgota com a separação, salvo no que concerne à guarda, permanecendo os deveres de criação, educação e companhia “art. 1.634 do Código Civil), que não se subsumem na pensão alimentícia.²³

Para o autor o “abandono afetivo” configura-se como o inadimplemento dos deveres jurídicos da paternidade, que agora não mais pertence somente ao campo da moralidade, sendo atraída pelo Direito, que por sua vez lhe atribuiu consequências jurídicas (LOBO, 2011).

Tendo este abandono consequências jurídicas, seria possível considerar então a possibilidade de configuração da responsabilidade civil subjetiva (LOBO, 2011), uma vez que “(...) se uma criança veio ao mundo – desejada ou não, planejada ou não – os pais devem arcar com a responsabilidade que esta escolha (consciente ou não) lhes demanda” (TEIXEIRA, 2005, p.32).

Dentre o tripé-base da teoria uma das questões considerada mais controversa é justamente o papel jurídico-obrigacional do afeto, pois sua proteção/obrigação jurídica levanta questionamentos que giram em torno da obrigação de amar e de uma provável monetarização

²² LOBO, 2011, p. 312

²³ LOBO, 2011, p. 312

deste afeto, no sentido de atribuir valor ao abandono (HIRONAKA, 2005).

De um lado têm-se partidários da tese que defendem a ideia de uma paternidade/maternidade responsável, centrada em um afeto conjunto e uma participação efetiva na vida da criança, e que, havendo negativa deste afeto, configurar-se-ia verdadeiro ato ilícito, contrário ao ordenamento jurídico e, portanto, passível de ser sancionado no campo da responsabilidade civil (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2014, p. 956).

A contraposição da tese sustenta em síntese pontos como: possibilidade de monetarização do afeto, o que desvirtuaria sua essência, impossibilidade de se obrigar juridicamente o amor entre pessoas, assim como a impossibilidade de aferição dos reais danos causados pelo não-convívio do genitor ou genitora com a criança; a qualidade e quantidade de amor dedicado a alguém a outrem deveria ser algo natural e espontâneo, e não uma obrigação jurídica, sob controle estatal (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2014).

Em relação à falta de fundamento legal à obrigatoriedade do pai amar a seu filho a questão não se cinge exatamente neste ponto. Não há, de fato, como o Poder Judiciário obrigar alguém a despertar sentimentos por outrem, no entanto, existem sim diversos deveres que podem ser exigidos dos pais, decorrentes do poder familiar que preza pela segurança e desenvolvimento sadio da prole, como é o caso dos arts. 19 e 22 do ECA, art. 227 da CF/88 e art. 1.634, I e II do Código Civil de 2002 (HIRONAKA, 2005). Como já tratado anteriormente no presente trabalho, o núcleo familiar moderno tem como seu elemento agregador o afeto, que possui viés de princípio fundamental para o moderno Direito das Famílias. O afeto engloba um grupo de deveres, inerente ao poder familiar, que deverão ser cumpridos para possibilitar um ideal desenvolvimento dos indivíduos geridos neste núcleo, o não cumprimento destes deveres poderá gerar dano, o que por sua vez ensejará uma reparação por parte do genitor omissor. A obrigatoriedade que aqui se configura não se relaciona com o amor, e sim com o grupo de obrigações que se conglera no afeto; “o amor, dada a sua robustez e essência, é impossível ser mensurado, ainda que juridicamente, porém o afeto, um dos gêneros do sentimento amor, e por vezes, a manifestação mais simples e inicial deste, é suficiente para marcar um novo conceito jurídico familiar” (KAROW, 2012, p. 131). Desta maneira, se faz inapropriada a observação que dita uma tutela jurídica do amor; este não foi tutelado, e sim o afeto.

Maria Berenice Dias (2015) afirma que a possibilidade de indenização por

abandono afetivo pode converter-se em instrumento de extrema relevância para a configuração de um Direito das Famílias que compactue com a atual situação social, podendo este desenvolver um papel pedagógico no seio das relações familiares. Para a autora (DIAS, 2015, p. 543):

Claro que o relacionamento mantido sob pena de prejuízo financeiro não é a forma mais satisfatória de estabelecer um vínculo afetivo. Ainda assim, mesmo que o pai só visite o filho por medo de ser condenado a pagar uma indenização, isso é melhor do que gerar no filho o sentimento de abandono. Ora, se os pais não conseguem dimensionar a necessidade de amar e conviver com os filhos que não pediram para nascer, imperioso que a justiça imponha coactamente essa obrigação.

Em pensamento congruente tecem Pablo Stolze Gagliano e Rofoldo Pamplona Filho (2014, p.960) o seguinte comentário:

Logicamente, dinheiro nenhum efetivamente compensará a ausência, a frieza, o desprezo de um pai ou de uma mãe por seu filho, ao longo da vida. Mas é preciso se compreender que a fixação dessa indenização tem um acentuado e necessário caráter punitivo e pedagógico, na perspectiva da função social da responsabilidade civil, para que não se consagre o paradoxo de se impor ao pai ou a mãe responsável por esse grave comportamento danoso (jurídico e espiritual), simplesmente a “perda do poder familiar”, pois, se assim o for, para o genitor que o realiza, essa suposta sanção percutiria como um verdadeiro favor.

CAPÍTULO 3: PRINCÍPIOS INERENTES AO DIREITO DAS FAMÍLIAS

As normas constitucionais, todas com força normativa própria, dividem-se em princípios e regras, distinguindo-se por seu conteúdo semântico e, conseqüentemente, por sua incidência e aplicação; a regra indica “suporte fático hipotético (ou hipótese de incidência) mais determinado e fechado, cuja concretização na realidade da vida leva à sua incidência, confirmando-a o intérprete mediante o meio tradicional da subsunção²⁴” (LOBO, 2011, p.57). O princípio por sua vez indica “suporte fático hipotético necessariamente indeterminado e aberto, dependendo a incidência dele da mediação concretizadora do interprete, por sua vez orientado pela regra instrumental da equidade, entendida segundo formulação grega clássica, sempre atual, se justiça do caso concreto” (LOBO, 2011, p.57). Para Maria Berenice Dias (2015, p.40):

Os princípios são normas jurídicas que se distinguem das regras não só porque têm alto grau de generalidade, mas também por serem mandatos de otimização. Possuem um colorido axiológico mais acentuado do que as regras, desvelando mais nitidamente os valores jurídicos e políticos que condensam. Devem ter conteúdo de validade universal. Consagram valores generalizantes e servem para balizar todas as regras, as quais não podem afrontar as diretrizes contidas nos princípios.

Os princípios se caracterizam como proposições genéricas que servem de substrato para a organização de um ordenamento jurídico; eles conferem coerência e unidade ao sistema jurídico, obstando que se martirize a harmonia do ordenamento (FARIAS; ROSENVELD, 2012). Os princípios possuem força normativa, o que permite sua aplicação direta e imediata e o reconhecimento de uma eficácia positiva e uma eficácia normativa destes (FARIAS; ROSENVELD, 2012). Além de sua aplicação direta e objetiva, os princípios também servem como proposições genéricas e abstratas que influenciam as regras jurídicas, conferindo-lhes deste modo novo conteúdo (FARIAS; ROSENVELD, 2012).

Os princípios constitucionais podem ser expressos ou implícitos, podendo os implícitos derivar da interpretação do sistema constitucional adotado ou da interpretação harmonizadora de normas constitucionais específicas, como é o caso, por exemplo, do princípio da afetividade (LOBO, 2011). Os princípios não oferecem solução fixa, única, para

²⁴ O autor utilizou como exemplo de regra o art. 226, §4º, CF que dita “*Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes*”, concluindo este que “toda vez que uma pessoa passar a conviver com um filho, biológico ou não biológico, ainda que sem a companhia de cônjuge ou companheiro, a regra incidirá para assegurar a constituição de uma entidade familiar; em outras palavras, a norma constitucional incidirá sobre esse suporte fático concreto e o converterá no ato jurídico por ela previsto, que passará a produzir os efeitos jurídicos por ela tutelados”. LOBO, 2011, p.57.

o problema, pelo contrário, seu poder é justamente esta fragilidade que possibilita a adaptação do direito à evolução de valores sociais, sem haver necessariamente mudança ou revogação de norma jurídica; deste modo o mesmo princípio poderá ter seu conteúdo amoldado ao momento histórico, em permanente processo de adaptação e transformação (LOBO, 2011). Conclui Paulo Lobo (2011, p. 59) que desta maneira “a estabilidade jurídica não sai comprometida, uma vez que esse processo de adaptação contínua evita a obsolescência tão frequente das regras jurídicas, ante o advento de novos valores sociais”.

A Constituição Federal, verdadeira carta de princípios, impôs eficácia a todas as suas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, expostas em seu art. 5º, §1º; os princípios constitucionais foram convertidos em um alicerce normativo, sobre o qual se edifica todo o sistema jurídico constitucional (BONAVIDES, 2014), como resultado houve mudanças significativas na maneira de interpretar as leis, dentre elas o surgimento do *princípio da interpretação conforme a Constituição*, consagrando que a lei sempre deverá ser interpretada à luz do texto constitucional (DIAS, 2015).

A concepção constitucionalizada do Direito das Famílias exige que os princípios atinentes a ele estejam conectados aos princípios delimitados e garantidos pela Constituição Federal. Nas palavras de Cristiano Farias e Nelson Rosendal (2012, p. 79):

Ou seja, os princípios do Direito das Famílias têm, necessariamente, de estar em aliança permanente com a principiologia constitucional, o que representará, seguramente, uma melhor apresentação do sistema civilista, aproximado de valores humanistas e com uma maior possibilidade de efetiva solução dos conflitos de interesse privados.

Percebe-se desde já a importante função dos princípios que, tidos como premissas básicas para a organização de um ordenamento, servem como guia para orientação da interpretação, integração e aplicação das normas.

Os princípios a seguir elencados são essenciais à compreensão da responsabilidade civil por abandono afetivo, uma vez que, não explicitamente exposta no regulamento jurídico a obrigação de afeto, esta mesmo assim se faz presente por meio de todos os princípios constitucionais que se irradiam do princípio da dignidade da pessoa humana. O ordenamento jurídico brasileiro atual traz a premissa de interpretação de normas frente a princípios constitucionais, tendo este como objetivo final a proteção da dignidade da pessoa humana, devendo-se permitir que esta tenha liberdade para se desenvolver de maneira sadia, dentro do ambiente familiar.

Por meio dos princípios a Constituição Federal traz regras que delimitam o mínimo necessário que deve ser garantido a seus cidadãos para este desenvolvimento sadio, em especial regras que protegem a criança e o adolescente, uma vez que são indivíduos de psique mais frágil e que ainda estão em desenvolvimento de suas personalidades. Essas regras trazidas pelo texto constitucional estão intimamente ligadas à questão do abandono afetivo, uma vez que, não explícito em legislação a obrigatoriedade do afeto, esta pode ser verificada implicitamente como base principiológica para interpretação das normas concernentes ao Direito das Famílias.

As obrigações trazidas pelos princípios elencados são inerentes ao Poder Familiar, ou seja, configura-se como obrigação paterna o cumprimento do imposto pelos princípios, como a proteção à criança e ao adolescente, lhe fornecendo ambiente propício a seu desenvolvimento, prestação alimentar, acompanhamento escolar, a solidariedade e a convivência familiar, devendo os pais auxiliar uns aos outros na criação de sua prole, assim como conviver com ela, o máximo que puder, para que não haja sentimentos negativos relacionados à rejeição, dar o tratamento mínimo de maneira igualitária a todos os indivíduos pertencentes a esta. A obrigação afetiva decorre do princípio da afetividade, que reafirma que os laços familiares não se limitam aos consanguíneos, tendo os indivíduos a faculdade de formar uma família da maneira que melhor entenderem, tendo em mente que, com o surgimento deste Poder Familiar surgirá também deveres relativos aos demais membros da família. O objetivo fim destes princípios é em realidade a proteção da dignidade da pessoa humana, que, como demonstra o presente trabalho, legitima a indenização decorrente de abandono afetivo paterno-filial, por ter o pai realizado ato ilícito ao omitir cuidados necessários ao filho, causando-lhe dano a seus direitos de personalidade.

3.1. Princípio da dignidade da pessoa humana

Em apertada síntese, devido a gama de conteúdo que tal princípio enseja, nas palavras de Paulo Lobo (2011, p.60), a dignidade da pessoa humana é “o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade”. Em estimada lição Kant procurou distinguir aquilo que tem um preço do que é dotado de dignidade, inestimável; “no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então ela tem

dignidade” (KANT, 1986, p.77). Conclui-se deste modo que viola o princípio da dignidade da pessoa humana todo o ato que equipare a pessoa a algo, coisa, disponível, como um objeto (LOBO, 2011).

O princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio maior, fundador do Estado Democrático de Direito. A promulgação da Constituição Federal em 1988 consagrou uma mudança paradigmática que elevou a dignidade da pessoa humana a valor nuclear da ordem constitucional. O foco do Estado, assim como da sociedade, não era mais patrimonial, a pessoa humana, suas realizações, sua autonomia privada ganharam nova valoração e passaram a ser verdadeiro objeto de direitos e garantias, invertendo o da função protecionista estatal. Este é o princípio mais universal de todos os adotados pelo nosso ordenamento, é em realidade um macrop princípio do qual se irradiam todos os demais, como é o caso do princípio da liberdade, autonomia privada, igualdade e solidariedade (DIAS, 2015); em realidade os demais princípios objetivam sempre a proteção da dignidade da pessoa humana e a concretude de sua realização pessoal em si mesmo. Não que isso torne mais fácil seu entendimento, o princípio da dignidade da pessoa humana é fluido, sua carga emocional e empática é tamanha que torna impossível sua compreensão totalmente intelectual; trata-se de uma clausula geral, um conceito indeterminado, com variantes de interpretações (TARTUCE, 2014).

Eduardo Bittar (2009, p.298) afirma que o respeito à dignidade da pessoa humana é o melhor legado da modernidade, devendo este ser temperado para a realidade contextual em que se vive, “há de se postular por um sentido de mundo, por um sentido de direito, por uma perspectiva, em meio a tantas contradições, incertezas, inseguranças, distorções e transformações pós-modernas, este sentido é dado pela noção de dignidade da pessoa humana”.

Em retrospectiva histórica, na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana, tornando-a fundamento da ordem jurídica, houve nova valoração da figura da pessoa, ligando todos os institutos à realização de sua personalidade (DIAS, 2015). Como já trabalhado anteriormente, a constitucionalização do direito, que apontou a realização da personalidade da pessoa humana como objetivo social, trouxe a despersonalização e ao mesmo tempo a patrimonialização dos institutos jurídicos, invertendo o papel da propriedade que antes tinha sua proteção como foco principal do Direito.

Como nota Flávio Tartuce (2015), não há, no Direito Privado, ramo em que a dignidade da pessoa humana tenha maior atuação do que no Direito da Família. Na perspectiva tradicional a família era vista como “totalidade na qual se dissolviam as pessoas

que a integravam, especialmente os desiguais, como a mulher e os filhos” (LOBO, 2011, p.61). Nas últimas décadas do sec. XX, nomeadamente com o advento do Estatuto da Mulher casada de 1962, Lei do Divórcio de 1977 e a promulgação da Constituição de 1988, pode-se notar uma mudança substancial no sentido de emancipação e revelação dos valores sociais, atualmente a família é tida como *locus* de realização existencial de cada um de seus integrantes, se tornando um espaço preferencial de afirmação de suas dignidades (LOBO, 2011). Nas palavras de Paulo Lobo (2011, p.62) “a família, tutelada pela Constituição, está funcionalizada ao desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que a integram. A entidade familiar não é tutelada para si, senão como instrumento de realização existencial de seus membros”.

Desta maneira, nota-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é intrínseco às normas que regem o Direito das Famílias, ele não só irradia como é o objetivo final dos demais princípios deste ramo do direito privado. Com um conceito mais fluido e permissivo, a Constituição possibilitou que esta fosse de fato vista como meio de expressão da própria autonomia da vontade e espaço garantidor da dignidade.

O princípio está consagrado no art. 1º, III da Constituição Federal e pode ser verificado também em alguns artigos pertencentes ao capítulo destinado à família como por exemplo os arts. 226, §7º, 227, caput e 230.

3.2. Princípio da igualdade

Com prerrogativa similar ao princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade também é tido como direito fundamental, sendo oponível tanto aos poderes públicos quanto privados. O princípio foi consagrado no art. 5º, I, da Constituição Federal e resulta de mudanças sociais que buscavam equiparar os membros da sociedade, modificando prerrogativas de gênero e status social como índice de valoração do indivíduo.

No âmbito do Direito das Famílias este princípio pode ser verificado com mais clareza pós-Constituição/88, em especial quando o documento “igualou de modo total os cônjuges entre si, os companheiros entre si, os companheiros aos cônjuges, os filhos de qualquer origem familiar, além dos não biológicos aos biológicos” (LOBO, 2011, p.66), além de fazer desaparecer a legitimidade familiar como forma de categoria jurídica, uma vez que esta resultava em realidade como modo de distinção e discriminação. Quanto a sua ingerência Maria Berenice Dias (2015, p.47) exemplifica:

Atendendo à ordem constitucional, o Código Civil consagra o princípio da igualdade no âmbito do direito das famílias, que não deve ser pautada pela pura e simples igualdade entre iguais, mas pela solidariedade entre seus membros. A organização e a própria direção da família repousam no princípio da igualdade de direitos e deveres dos cônjuges (CC 1.511), tanto que compete a ambos a direção da sociedade conjugal em mútua colaboração (CC 1.567). São estabelecidos deveres recíprocos e atribuídos igualitariamente tanto ao marido quanto à mulher (CC 1.566). Também em nome da igualdade é permitido a qualquer dos nubentes adotar o sobrenome do outro (CC 1.565 §1.º). É acentuada a paridade de direitos e deveres do pai e da mãe no respeitante à pessoa (CC 1.631) e aos bens dos filhos (CC 1.690).

3.3. Princípio da solidariedade familiar

A solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, expressa pelo art. 3º, I, CF/1988 “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

O objetivo deste princípio é justamente construir uma sociedade livre, justa e solidária, o que acaba por repercutir nas relações familiares uma vez que a solidariedade deve existir dentro destas relações; entende-se solidariedade como o ato humanitário de responder pelo outro, preocupar-se e cuidar de outra pessoa (TARTUCE, 2014). A solidariedade é o que cada um deve ao outro, o princípio tem origem nos vínculos afetivos, compreendendo a fraternidade e a reciprocidade (DIAS, 2015). Nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2014, p.284) “este princípio não apenas traduz a afetividade necessária que une os membros da família, mas, especialmente, concretiza uma especial forma de responsabilidade social aplicada à norma”.

Note-se também que a solidariedade não é somente patrimonial, é afetiva e psicológica; o princípio da solidariedade implica também em respeito e consideração mútuos quanto aos pertencentes ao núcleo familiar (TARTUCE, 2014). Para Paulo Lobo (2011, p. 64):

A solidariedade do núcleo familiar deve entender-se como solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros, principalmente quanto à assistência moral e material. A solidariedade em relação aos filhos responde à exigência da pessoa de ser cuidada até atingir a idade adulta, isto é, de ser mantida, instruída e educada para sua plena formação social.

A família é uma das técnicas originárias de proteção social que perdura até os tempos atuais, o que não surpreende, uma vez que a família moderna tem como matriz o afeto e se constitui como ambiente para o desenvolvimento sadio do indivíduo. De maneira geral, ao estipular deveres recíprocos entre os integrantes da família, exime-se o Estado da obrigação de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão, exceto no caso de crianças e adolescentes; nestas hipóteses a obrigação de garantir seus direitos será atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado, nos termos do art. 227 da Constituição (DIAS, 2015). A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança inclui a solidariedade entre os princípios a serem observados, o que se reproduz no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em termos de obrigação constitucional este princípio pode ser verificado nos arts. 229 e 230 da CF, que consagram a imposição aos pais do dever de assistência aos filhos e o dever de amparo às pessoas idosas, respectivamente. No mesmo sentido a Declaração Universal de Direitos Humanos preconiza em seu art.1º que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”. A aceitação do princípio pode ser verificada ainda nos arts. 7º e 11, § 1º do Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, que estabelecem a necessidade de que se confira ao indivíduo condições suficientes para o provimento de sua família (SANTIAGO, 2012). No âmbito do Direito das Famílias a solidariedade familiar justifica, dentre outros, a prestação de alimentos ao familiar necessitado, obrigação expressa pelo art. 1.694, CC/2002, assim como a previsão de que o casamento estabelece plena comunhão de vidas, com base na igualdade de direito e deveres dos cônjuges²⁵.

Cumpre mencionar observação pertinente do autor Paulo Lobo (2011, p.65) sobre o cuidado, que tem seu valor jurídico originado deste princípio:

Desenvolve-se no âmbito do direito de família estudos relativos ao “cuidado como valor jurídico”. O cuidado desponta com força nos estatutos tutelares das pessoas vulneráveis, como a criança e o idoso, que regulamentaram os comandos constitucionais sobre a matéria. O cuidado, sob o ponto de vista do direito, recebe a força subjacente do princípio da solidariedade, como expressão particularizada desta.

Em conclusão de Pablo Soltze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2014, p.285) “a solidariedade, portanto, culmina por determinar o amparo, a assistência material e moral

²⁵ BRASIL, Lei nº10.406 de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.511.

recíproca, entre todos os familiares, em respeito ao princípio maior da dignidade da pessoa humana”.

3.4. Princípio da plena proteção das crianças e adolescentes

O art. 227 da Constituição Federal determina com primazia o dever de proteção à criança e ao adolescente:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Em consonância a Convenção sobre os Direitos da Criança²⁶ afirma:

Artigo 3.

1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

Ainda em termos legislativos, o princípio também se encontra consagrado nos arts 4º e 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente²⁷:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

A consagração do princípio nasce da vulnerabilidade e fragilidade, tanto física quanto psicológica dos indivíduos de até 18 anos, o que lhes torna destinatários necessários de um tratamento especial. O Estatuto da Criança e do Adolescente²⁸ foi instituído como forma de implementação destes direitos e garantias destinados aos menores, que devem ser assegurados tanto pela família quanto pelo Estado e pela sociedade. O estatuto funciona como um microssistema que possui normas de conteúdo material e processual, tanto de natureza civil quanto penal, abrigando toda a legislação pertinente ao menor; rege-se este pelos “princípios do menor interesse, paternidade responsável e proteção integral, visando a

²⁶ BRASIL, Lei nº 99.710 de 21 de novembro de 1990.

²⁷ BRASIL, Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990.

²⁸ BRASIL, Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990.

conduzir o menos à maioria de forma responsável, constituindo-se como sujeito da própria vida, para que possa gozar de forma plena dos seus direitos fundamentais” (DIAS, 2015, p.50). Paulo Lobo (2011, p.77) leciona que “o princípio não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado”.

Este princípio é um reflexo do caráter integral da doutrina dos direitos da criança e de sua estreita relação com a doutrina dos direitos humanos em geral, colocando o menor ao centro do núcleo familiar e buscando a proteção de seus interesses (LOBO, 2011), verificando-se uma verdadeira inversão do poder familiar, que antes existia em função do pai. Ao determinar a proteção ao menor a legislação brasileira reconhece o valor e o impacto que irá causar a futura geração, priorizando deste modo seu desenvolvimento em ambiente saudável e seguro.

A autora Maria Berenice Dias (2015) aponta que, devido a este princípio, busca-se um fortalecimento dos vínculos familiares e a manutenção de crianças e adolescentes nestes núcleos familiares, no entanto, algumas vezes melhor atende este princípio a retirada da criança do seio familiar, juntamente com a destituição do poder familiar e a entrega do menor à adoção, “o que deve prevalecer é o direito à dignidade e ao desenvolvimento integral, e, infelizmente, tais valores nem sempre são preservados pela família biológica ou extensa. Daí a necessidade de intervenção do Estado, colocando-os a salvo junto a famílias substitutas” (DIAS, 2015, p.50).

3.5. Princípio da convivência familiar

“A convivência familiar é a relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum” (LOBO, 2011, p.74). O termo ambiente comum pressupõe o espaço físico, no entanto, devido às exigências sociais, como o trabalho, por exemplo, este ambiente comum não necessariamente precisa se caracterizar como uma casa, ou moradia em comum, basta que seja um espaço tido como pertença de todos os membros familiares, “é o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças” (LOBO, 2011, p.74).

Pais e filhos, a princípio, deverão permanecer juntos (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2014). O afastamento definitivo dos filhos de sua família natural configura-se como medida de exceção, sendo recomendável que ocorra somente em situação justificada por

interesse maior (interesse do menor), como são exemplos a adoção, o reconhecimento de paternidade socioafetiva e a destituição do poder familiar decorrente de descumprimento de dever legal (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2014). Para Paulo Lobo (2011, p.74) a casa é o espaço privado que não pode ser submetido ao controle público, pois a aura de intocabilidade é imprescindível para que a convivência familiar se construa de modo estável, desenvolvendo a família uma identidade coletiva própria.

O direito à convivência familiar, regido pelo princípio da convivência e por regras jurídicas específicas, em especial no que tange às crianças e adolescentes, é dirigido ao núcleo familiar e a todos que a ele pertencem, assim como ao Estado e à sociedade (LOBO, 2011).

A referência constitucional explícita ao princípio se encontra no art. 227 da CF/1988, a infraconstitucional no art. 1.513 do Código Civil de 2002:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à **convivência familiar e comunitária**, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, **interferir na comunhão de vida instituída pela família**. (Grifo nosso)

A convivência familiar perpassa o exercício do poder familiar, o filho menor tem direito à convivência familiar com ambos os pais, mesmo que estes não estejam em relação conjugal, não podendo qualquer dos genitores impedir o acesso do filho ao outro (LOBO, 2011). Dita o art. 9 da Convenção sobre os Direitos da Criança²⁹:

Artigo 9

1. **Os Estados Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança.** Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, nos casos em que a criança sofre maus tratos ou descuido por parte de seus pais ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança.

2. Caso seja adotado qualquer procedimento em conformidade com o estipulado no parágrafo 1 do presente artigo, todas as partes interessadas terão a oportunidade de participar e de manifestar suas opiniões.

3. **Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança.**

²⁹ BRASIL, Lei nº 99.710 de 21 de novembro de 1990.

4. Quando essa separação ocorrer em virtude de uma medida adotada por um Estado Parte, tal como detenção, prisão, exílio, deportação ou morte (inclusive falecimento decorrente de qualquer causa enquanto a pessoa estiver sob a custódia do Estado) de um dos pais da criança, ou de ambos, ou da própria criança, o Estado Parte, quando solicitado, proporcionará aos pais, à criança ou, se for o caso, a outro familiar, informações básicas a respeito do paradeiro do familiar ou familiares ausentes, a não ser que tal procedimento seja prejudicial ao bem-estar da criança. Os Estados Partes se certificarão, além disso, de que a apresentação de tal petição não acarrete, por si só, consequências adversas para a pessoa ou pessoas interessadas. (Grifo nosso)

Prova de violação deste importante princípio constitucional são as decisões judiciais que estabelecem limitações desarrazoadas ao direito de visita do pai não guardião do filho; há de se compreender que o direito à convivência é recíproco, ao limitar desarrazoadamente as visitas o magistrado fere tanto os direitos do pai quanto do menor.

3.6. O princípio da afetividade e o valor jurídico do afeto

A doutrina brasileira, em sua maioria, reconhece atualmente o afeto como núcleo da entidade familiar, principal fundamento das relações familiares. Nas palavras de Maria Berenice Dias (2011, p. 52) “a afetividade é o princípio que fundamenta o Direito de Família na estabilidade das relações de caráter patrimonial ou biológico”, estando intimamente ligado ao direito fundamental à felicidade. Afirmam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2012, p.153):

É que, compreendida como entidade tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, traz a família consigo uma nova feição, agora fundada no afeto e na solidariedade. E esse novo balizamento evidencia um espaço privilegiado para a imperiosa confiança exigida entre os seus componentes.

Paulo Lobo (2011, p.70) assim o caracteriza: “é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as questões de caráter patrimonial ou biológico”. O princípio impulsionou-se verdadeiramente a partir dos valores consagrados na Constituição de 1988, resultando na evolução da família brasileira. O princípio da afetividade especializa, no âmbito familiar, vários outros princípios constitucionais fundamentais, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I), e entrelaça-se também com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, ressaltando a natureza cultural e não exclusivamente biológica da instituição familiar (LOBO, 2011).

No processo de despatrimonialização do Direito das Famílias o afeto passou também por um processo de jurisdicalização, servindo agora como um importante e decisivo elemento jurídico, “o direito de família, como a própria família, de uma forma natural e espontânea, concluiu que a família não é apenas formada por seus vínculos sanguíneos senão que também por laços de afeto (KAROW, 2012, p.125)”. Sobre este processo, Aline Karow (2012, p. 131) ensina:

aliás, a maturação desse processo iniciou-se de forma inconsciente há pelo menos duas décadas com a Constituição Federal. De forma tímida, a afirmação dos laços familiares, consubstanciados no dever de os pais assistirem, educarem e criarem seus filhos menores em contrapartida a obrigações destes para com os mesmos na velhice, situação de carência ou enfermidade demonstra o dever obrigacional de solidariedade àqueles que os cercam.

A afetividade tornou-se um fato, passando a ser valorada na sociedade e solidificando-se na norma (KAROW, 2012). O que anteriormente importava na relação entre pai e filho era a sua *valoração biológica e patrimonial*. Sem se preocupar com a linha da afetividade, o Direito e a jurisprudência do passado mais se preocuparam em garantir ao filho o reconhecimento consanguíneo (caráter *biológico* da relação), o direito a alimentos e a sua possibilidade futura de herdar (caráter *patrimonial* da relação)(HIRONAKA, 2004); o afeto caracteriza a família como uma rede de solidariedade, constituída com o fim de desenvolvimento da pessoa e manutenção da dignidade humana. Em síntese, o afeto é a ética exigida nos comportamentos humanos, em especial os familiares, o que faz com que a confiança nestes núcleos seja o refúgio das garantias fundamentais reconhecidas a cada indivíduo (FARIAS; ROSENVALD, 2012). O instituto familiar transformou-se na medida em que se acentuavam as relações sentimentais entre seus membros, houve uma valorização das funções afetivas da família, tanto ela quanto o casamento adquiriram um novo perfil, voltado muito mais à autorrealização de seus membros, quanto a seus interesses afetivos e existenciais (DIAS, 2015), passando a possuir assim uma concepção eudemonista.

A família, tendo perdido suas funções tradicionais, reencontrou-se no fundamento da afetividade, na comunhão de afeto, pouco importando o modelo que adote (LOBO, 2011). À medida que novos modelos familiares foram surgindo fez-se necessária uma nova ordem jurídica para a família, razão pela qual se atribuiu valor jurídico ao afeto; não tendo mais a família caráter patrimonial e possuindo seus indivíduos liberdade para se relacionar instituiu-se que a real ligação familiar era o afeto. O princípio jurídico da afetividade explica, por exemplo, a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos, uma vez que para formação da

estrutura familiar não se faz mais necessário os laços consanguíneos; “permitir o livre exercício do afeto na entidade familiar significa privilegiar os mais diversos direitos fundamentais do indivíduo, que é em realidade não só o verdadeiro objetivo da família como em ultima instância também do Estado Democrático de Direito” (ALVES, 2009, p.140). Sofre o ponto, Paulo Lobo (2011, p.71) afirma:

A família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não poder ser perturbada pelo prevalecimento de interesses patrimoniais. É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares.

Para Giselda Hironaka (2005) é na afetividade que se desdobra o traço de identidade fundamental do direito gerado no seio da relação paterno-filial. Afirma a autora que a afetividade “sem deixar de ser jurídica, distingue-se de todas as demais relações justamente pelo fato de que ela, e apenas ela, pode, efetivamente, caracterizar-se e valorar-se, na esfera jurídica, pela presença do afeto” (HIRONAKA, 2005, p.12). Não se confunde, porém, a afetividade, como princípio jurídico, com o afeto, como fato psicológico ou anímico, uma vez que a afetividade pode ser presumida mesmo faltando o afeto na realidade das relações; esta se configura como dever imposto aos pais em relação aos filhos, e estes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles (LOBO, 2011).

Em termos de legislação o texto constitucional não traz explicitamente a afetividade como princípio, encontrando-se neste os fundamentos essenciais do referido princípio, como é o caso do art 227, caput, §§ 4º, 5º, 6º. O Código Civil enuncia regra geral que contempla o princípio em seu art. 1593, estabelecendo que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem”, deixando bem claro que para a constituição de uma família não se faz imperativo os laços de consanguinidade. Paulo Lobo (2011) conclui:

A concepção revolucionária da família como lugar de realização dos afetos, na sociedade laica, difere da que a tinha como instituição natural e de direito divino, portanto imutável e indissolúvel, na qual o afeto era secundário. A força da afetividade reside exatamente nessa aparente fragilidade, pois é o único elo que mantém pessoas unidas nas relações familiares.

CAPÍTULO 4: A RESPONSABILIDADE CIVIL

4.1. A constitucionalização da Responsabilidade Civil

O instituto da responsabilidade civil é norteado pela concepção de que, sempre que alguém causa um dano a outrem, deve ser compelido a restituir o lesado ao *status quo ante*. A responsabilidade civil surge então em face de descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra pré-estabelecida ou mesmo por deixar de observar preceito normativo que regula a vida. Neste sentido fala-se, respectivamente, em responsabilidade civil contratual (ou negocial) e em responsabilidade civil extracontratual³⁰ (TARTUCE, 2015).

Sempre preponderou a ideia de que o delito originava responsabilidade, ou seja, o dever jurídico de reparação do dano causado. Originariamente não havia distinção sistemática entre a responsabilidade civil e a penal, inicialmente prevalecia a vingança privada pelo exercício da autotutela, podendo ser esta vingança coletiva ou não (LISBOA, 2012).

Assim como ocorreu com o Direito das Famílias, o ramo da Responsabilidade Civil também sofreu transformações a partir de uma constitucionalização. De maneira geral este movimento fez com que princípios normalmente alheios ao surgimento da obrigação de indenizar fossem incorporados a este ramo do direito civil (MORAES, 2006). Se a responsabilidade civil tradicional antes se baseava exclusivamente na tutela da propriedade, atualmente ela sofre a influencia de diversos princípios constitucionais, como é o caso da dignidade da pessoa humana, solidariedade social e justiça distributiva (MORAES, 2006).

Para Maria Celina Bodin de Moraes (2006) este movimento de constitucionalização impôs a releitura da própria função primordial da responsabilidade civil; o foco que anteriormente recaía sobre o causador do dano e como seu ato reprovável deveria ser punido, agora se deslocou no sentido da tutela especial garantida à vítima deste dano e sua reparação.

Na sociedade pós-moderna o instituto da responsabilidade civil possui papel fundamental para resolução de conflitos intersubjetivos e transindividuais, o que permite uma melhor proteção do direito individual, coletivo e difuso. A responsabilidade civil possui dupla função: serve ela como sanção civil, decorrente de ofensa à norma jurídica imputável ao causador do dano e importando compensação à vítima, e como garantidora do direito do

³⁰ Também denominada *responsabilidade civil aquiliana*, diante da *Lex Aquilia de Damno*, aprovada no final do século III a.C. que fixou os parâmetros da responsabilidade civil extracontratual.

lesado, prevenindo a coletividade de novas violações que poderiam eventualmente ser realizadas pelo agente em desfavor de terceiros, decorrendo esta função da necessidade de segurança jurídica que a vítima possui, para o ressarcimento dos danos sofridos (LISBOA, 2012). Sergio Cavalieri Filho (2012, p.14) afirma:

O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *status quo ante*. Impera neste campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. Isso se faz através de uma indenização fixada em proporção ao dano.

Assim como no ramo das obrigações, a responsabilidade civil tem como fonte a lei, os negócios jurídicos, as declarações unilaterais de vontade e os atos ilícitos. Em lição de Sergio Cavalieri Filho (2012, p.16) “o dever jurídico pode surgir da lei ou da vontade dos indivíduos. Nesse último caso, os indivíduos criam para si deveres jurídicos, contraindo obrigações em negócios jurídicos, que são os contratos e as manifestações unilaterais de vontade”.

O sistema brasileiro adora a teoria dualista da origem da responsabilidade, repartindo-a em contratual e extracontratual. A responsabilidade contratual se caracteriza como aquela que decorre de violação de obrigação disposta em negocio jurídico, se a transgressão for deste tipo haverá um ilícito negocial comumente chamado de ilícito contratual. A responsabilidade extracontratual é aquela que decorre diretamente da lei; é chamado ilícito extracontratual, porque foi gerado fora dos contratos, fora dos negócios jurídicos. Em suma o ilícito extracontratual é aquele gerado a partir de transgressão de um dever jurídico imposto pela lei. O presente estudo tratará da responsabilidade civil extracontratual subjetiva.

4.2. Responsabilidade Civil Extracontratual Subjetiva e seus pressupostos

Tanto a responsabilidade objetiva quanto a subjetiva são analisadas sob o prisma da culpa. A teoria clássica coloca a culpa como principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva, tendo o Código Civil de 2002, em seu art. 186, a mantido como tal (CAVALIERI FILHO). A responsabilidade subjetiva se fundamenta na análise da culpa do agente, deve ser apurada mediante demonstração da culpa do causador do dano (LISBOA, 2012). A prova da culpa do agente é pressuposto necessário do dano indenizável, a

responsabilidade do causador do dano só irá se configurar se este agiu com dolo ou culpa (GONÇALVES, 2012). Nos casos de responsabilidade civil subjetiva o ônus da prova é de quem a alega, sendo a vítima a responsável por provar a culpa do agente.

Os fundamentos legais da responsabilidade civil subjetiva estão previstos no Código Civil³¹:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A evolução jurisprudencial e legal estabeleceu ao lado da responsabilidade subjetiva com culpa provada a chamada responsabilidade subjetiva com culpa presumida, que será apurada mediante presunção relativa da lei de existência da culpa do agente causador do dano. (LISBOA, 2012). A responsabilidade subjetiva com presunção de culpa foi a resposta legislativa conferida à vítima a fim de que se dispense a demonstração da culpa do agente, o que dificultava a indenização de vítimas decorrentes de acidentes ferroviários e de diversos acidentes de trabalho (LISBOA, 2012).

Como já anteriormente afirmado, o ato ilícito é o conjunto de pressupostos da responsabilidade, sendo este ato ilícito caracterizado por mais três pressupostos no âmbito da responsabilidade civil subjetiva. São três elementos: um elemento formal, um elemento subjetivo e um elemento causal-material (CAVALIERI FILHO, 2012). O elemento formal é a “violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária” (a ação ou omissão por parte do agente), o elemento subjetivo será o dolo ou a culpa, e o elemento causal-material é caracterizado pelo dano e a respectiva relação de causalidade.

Sergio Cavalieri Filho (2012, p. 25) define a ação como “movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo, como a destruição de uma coisa alheia, a morte ou lesão corporal causada em alguém, e assim por diante”, já a omissão para o autor é uma forma menos comum de comportamento “caracteriza-se pela inatividade, abstenção de conduta devida” (CAVALIERI FILHO, 2012, p.25). Em alguns casos, “não impedir o resultado”, ou seja, se omitir, significa permitir que a causa opere; o omitente acaba por cooperar na realização do evento com uma condição negativa, deixando de movimentar-se, não deixando

³¹ BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

que o resultado se concretize (CAVALIERI FILHO, 2012). Só poderá ser responsabilizado por omissão aquele que tiver o dever jurídico de agir.

Para Othon de Azevedo Lopes (2004) a culpabilidade é um “juízo de reprovação a uma pessoa dotada de consciência e capacidade que concretamente poderia ter atuado conforme o direito, mas não o fez. É por meio da culpabilidade que se analisa a conduta específica perante um conteúdo deontológico de sentido”. O nosso ordenamento jurídico impõe aos indivíduos o dever jurídico genérico de não agir em prol de violação a direito de outrem, objetivando a harmonia e a solidariedade social. Aos indivíduos cabe a observação da cautela necessária para que seus atos não causem lesão a bens jurídicos de outrem, a esta cautela convencionou-se chamar de dever de cuidado (CAVALIERI FILHO, 2012).

A conduta humana (ação) se dará por dolo ou culpa. A responsabilidade subjetiva assim se denomina porque exige o elemento culpa, a conduta culposa do agente será o pressuposto principal da obrigação de indenizar. A culpa (*lato sensu*) se consagra como uma violação de norma anterior, o dever que o agente poderia ter conhecimento e poderia observar, mas optou por não fazê-lo. Se o dever que o agente deveria observar decorre de expressa previsão ou tipificação contratual ou legal, este se denomina como dever jurídico de cuidado (LISBOA, 2012). Esta culpa *lato sensu* se dividirá em culpa (*stricto sensu*) e dolo. A conduta culposa nasce na licitude, e vai se tornando ilícita à medida que se afasta dos padrões socialmente adequados. Na culpa (*stricto sensu*) o agente possui a vontade de produzir o ato, de agir, sem esperar o resultado, que ocorrerá por desvio accidental de conduta decorrente de falta de cuidado (CAVALIERI FILHO, 2012). O dolo se caracteriza como uma conduta voluntária (podendo ser esta a ação ou a omissão) onde o agente tem plena noção de sua ilicitude e mesmo assim a pratica, esperando seu resultado.

Antes mesmo de partir para análise da culpa do agente, há de se verificar outros dois pressupostos, sem os quais não há o dever de indenizar: o nexo de causalidade e o dano. O nexo de causalidade é a relação entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima. Só será caracterizada a responsabilidade civil quando puder se estabelecer essa ligação, indicando o agente como causador do dano sofrido pela vítima. No ordenamento brasileiro é adotada a teoria da causalidade, estabelecendo-se o dever de reparação do dano patrimonial ou extrapatrimonial ao agente que de forma “adequada e suficiente” contribuiu para o evento danoso (LISBOA, 2012).

4.3. Danos Morais

Ao contrário do dano patrimonial, que pode ser aferido de maneira simples, o dano moral é vinculado a conceitos éticos e sociais, sendo sua medição mais complicada do que a de um dano patrimonial. A doutrina majoritária conceitua o dano moral como “o efeito moral da lesão a um interesse juridicamente protegido (MORAES, 2006)”, referido pela jurisprudência brasileira como sentimentos ligados a “dor, vexame, sofrimento e humilhação”.

Como forma de trazer mais concretude ao conceito de dano moral, convencionou-se definir o dano moral como uma lesão a um direito de personalidade, nas palavras de Paulo Lobo (2003): “os direitos de personalidade oferecem um conjunto de situações definidas pelo sistema jurídico, inatas à pessoa, cuja lesão faz incidir diretamente a pretensão aos danos morais, de modo objetivo e controlável, sem qualquer necessidade de recurso à existência da dor ou do prejuízo”. A responsabilidade aqui opera-se pelo simples fato da violação (*damnu in reipsa*), deste modo, basta que se verifique a lesão a direito de personalidade que surge a necessidade do dano moral, ou seja, basta o nexo de causalidade, não se fazendo necessária a comprovação do dano, o que é lógico, uma vez que o dano se comprova dentro da psique da pessoa.

Os danos morais estão previstos no texto constitucional, art. 5º, V e X e esta previsão demonstrou verdadeiro avanço no ordenamento jurídico, uma vez que os direitos da personalidade, por serem não patrimoniais, agora poderiam ser abarcados pelos danos morais, que possuem igual natureza não patrimonial. O objetivo de ambos é a proteção da interioridade da pessoa, percebendo-se aqui uma aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana (LOBO, 2003). O principal fundamento da reparabilidade do dano moral consiste no fato de que os indivíduos não são apenas titulares de direitos patrimoniais, mas também extrapatrimoniais, não podendo o ordenamento jurídico permitir a impunidade à violação destes direitos (CARDIN, 2012).

Maria Celina Bodin de Moraes (2006), analisando a questão sob uma perspectiva constitucionalizada, conceitua o dano moral como lesão à dignidade da pessoa humana; será tida como causadora de danos morais qualquer circunstância que atinja o ser humano em sua condição humana, que pretenda tê-lo como objeto, violando sua personalidade.

Diferente da reparação por dano patrimonial, a reparação por dano moral não se presta ao simples ressarcimento por prejuízo patrimonial ou à simples satisfação da vítima, tendo, pois, duas funções: ao mesmo tempo em que serve de pena civil por violação de interesse juridicamente protegido, ela também serve como estímulo para que o agente não

volte a reincidir no ato. A reparação por danos morais trata-se, portanto, de instrumento não somente repressivo como preventivo de danos a outrem (LISBOA, 2012), sendo ao mesmo tempo um mecanismo de repressão do dano individual e de prevenção de danos sociais.

O caráter preventivo dos danos morais representa de maneira ilustre o caráter protetivo do direito contemporâneo, que busca proteger a dignidade da pessoa humana, por isso assume grande importância da quantificação do montante a ser pago. Ocorre que este montante muitas vezes é considerado como exacerbado ou até mesmo irrisório, preocupando-se parte da doutrina com a chamada “indústria dos danos morais”, sobre o tema afirma Roberto Senise Lisboa (2012, p.969):

Infelizmente, a distorção do instituto dos danos morais levou à discussão singela sobre o valor ínfimo ou exorbitante da indenização, levando-se em conta tão somente a situação prejudicial na qual a vítima ficou, quando o uso correto da reparação por danos morais é, acima de tudo, promover a reeducação do agente, impondo-lhe a adoção de medidas que obstem eventual reincidência.

Caso a indenização por danos morais fosse realmente efetivada atendendo-se à função do desestímulo à reincidência, não haveria uma quantidade tão expressiva de ações tratando do assunto, pois o agente dos danos extrapatrimoniais seriam compelidos pelo Estado-juiz a adotar condutas de prevenção de novos danos, o que reduziria consideravelmente o número de demandas promovidas sobre o tema. Portanto, nada mais enganoso que se argumentar que as indenizações de valor elevado promoveriam uma “indústria dos danos morais”.

Por fim, considerando que os danos morais cumprem verdadeira função social, resta analisar sua aplicação nos casos de abandono afetivo nas relações paterno-filiais.

4.4. A configuração da responsabilidade por abandono afetivo

Para Cristiano Farias e Nelson Rosenvald (2012, p.161) a possibilidade de caracterização de ato ilícito dentro de uma relação familiar conforme as regras gerais relativas aos arts. 186 e 187 do Código Civil é “certa e incontroversa, impondo, por conseguinte, a incidência da responsabilidade civil no Direito das Famílias, com o consequente dever de reparar danos, além da possibilidade de adoção de medidas para eliminação do dano (tutela específica, conforme balizamento do art. 461 do CPC)”. A obrigação de reparação de danos patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes de prática de ato ilícito incide na esfera do Direito das Famílias, pois “não se pode negar que as regras da responsabilidade civil invadem todos os domínios da ciência jurídica, ramificando-se pelas mais diversas relações jurídicas, inclusive as familiaristas” (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.161).

A questão da possibilidade de caracterização da responsabilidade civil no âmbito do Direito das Famílias já foi superada em muitos aspectos, cabendo esta responsabilidade em diversas situações, como é o caso, por exemplo, da indenização por danos morais quando houver erro essencial quanto à pessoa do cônjuge. No entanto, apesar de pacificada em vários aspectos, a responsabilidade dentro do Direito das Famílias encontra um impasse quando se trata de responsabilização por abandono afetivo, acreditando muitos juristas que não há caracterização de ato ilícito no abandono, estando prevista sua sanção nos arts. 22 c/c 24 do ECA e no art. 1.638 do CC/02.

Ocorre que, ao analisarmos os requisitos necessários para verificação da responsabilidade civil extracontratual subjetiva, percebe-se que a questão do abandono afetivo nas relações paterno-filiais reúne todos os pressupostos para a caracterização deste tipo de responsabilidade, passível de gerar ressarcimento por danos morais.

O poder familiar, como bem se sabe, não se constitui como direito dos pais, e sim como dever recíproco dos pais com os filhos, destacando-se entre estes deveres o dever de convívio, cuidado, criação e educação dos mesmos. O poder familiar não provém de laços sanguíneos; a instrumentalização da família, tendo o princípio da afetividade ajudado a caracterizá-la como *locus* de realização pessoal de seus membros, transformou o afeto em laço principal que une os indivíduos que a ela pertencem, o que iguala, por exemplo, a posição do filho biológico e do adotivo. O vínculo familiar não possui caráter afetivo somente, mas também jurídico. Sobre esta obrigação Giselda Hironaka (2005, p.4) disserta:

A afetividade, como dever jurídico, não se confunde com a existência real do afeto, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. A responsabilidade do pai decorre do exercício de seu poder familiar de maneira danosa ou destrutiva. Quando o pai opta por utilizar o poder familiar de maneira nitidamente danosa, desta relação de poder nasce sua responsabilidade.

A nova concepção do instituto familiar não permite o entendimento de que esta se forme por coerção, a formação da família é ato volitivo, sendo o agente responsável pelos resultados gerados por este ato. Ao se tornar pai o agente está automaticamente responsável pela criação de sua prole, tanto no caráter material quanto no dever de assistência psicológica;

nasce aí o poder familiar. Em brilhante ensinamento advindo da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na Apelação Cível n. 408.550-5³²:

Esclareço, desde já, que a responsabilidade em comento deve cingir-se à civil e, sob este aspecto, deve decorrer dos laços familiares que matizam a relação paterno-filial, levando-se em consideração os conceitos da urgência da reparação do dano, da re-harmonização patrimonial da vítima, do interesse jurídico desta, sempre prevalente, mesmo à face de circunstâncias danosas oriundas de atos dos juridicamente inimputáveis.

No seio da família da contemporaneidade desenvolveu-se uma relação que se encontra deslocada para a afetividade. Nas concepções mais recentes de família, os pais de família têm certos deveres que independem do seu arbítrio, porque agora quem os determina é o Estado.

Assim, a família não deve mais ser entendida como uma relação de poder, ou de dominação, mas como uma relação afetiva, o que significa dar a devida atenção às necessidades manifestas pelos filhos em termos, justamente, de afeto e proteção.

Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não somente do sangue.

(...)

O princípio da efetividade especializa, no campo das relações familiares, o macro-princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal), que preside todas as relações jurídicas e submete o ordenamento jurídico nacional.

No estágio atual, o equilíbrio do privado e do público pauta-se exatamente na garantia do pleno desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que integram a comunidade familiar.

No que respeita à dignidade da pessoa da criança, o artigo 227 da Constituição expressa essa concepção, ao estabelecer que é dever da família assegurar-lhe "com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária", além de colocá-la "à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão". Não é um direito oponível apenas ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família.

Assim, depreende-se que a responsabilidade não se pauta tão-somente no dever alimentar, mas se insere no dever de possibilitar o desenvolvimento humano dos filhos, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana.

Como já demonstrado ao longo do trabalho, a afetividade tornou-se elemento necessário à realização da dignidade da pessoa humana; este princípio constitucional implícito permeia boa parte da legislação familiar e traduz a nova função familiar. Para o desenvolvimento sadio da pessoa dentro da estrutura familiar faz-se necessário elementos que vão além do material, como educação, lazer, regras de conduta. Estes elementos imateriais

³² BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 7ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 408550-5. Alexandre Batista Fortes e Vicente de Paulo Ferro de Oliveira. Relator Juiz Unias Silva. 1º de abril de 2004. Disponível em <<http://www.apase.org.br/83007.zip>>. Último acesso em 03/06/2015

ajudam a compor o que chamamos de dever de cuidado dentro do âmbito familiar. Tânia da Silva Pereira (2008, p.309) leciona:

O cuidado como ‘expressão humanizadora’, preconizado por Vera Regina Waldow, também nos remete a uma efetiva reflexão, sobretudo quando estamos diante de crianças e jovens que, de alguma forma, perderam a referência da família de origem (...) a autora afirma: “o ser humano precisa cuidar de outro ser humano para realizar a sua humanidade, para crescer no sentido ético do termo. Da mesma maneira, o ser humano precisa ser cuidado para atingir sua plenitude, para que possa superar obstáculos e dificuldades da vida humana”.

Waldow alerta para atitudes de não-cuidado ou ser des-cuidado em situações de dependência e carência que desenvolvem sentimentos, tais como, de se sentir impotente, ter perdas e ser traído por aqueles que acreditava que iriam cuidá-lo. Situações graves de desatenção e de não-cuidado são relatadas como sentimentos de alienação e perda de identidade. Referindo-se às relações humanas vinculadas à enfermagem a autora destaca os sentimentos de desvalorização como pessoa e a vulnerabilidade. “Essa experiência torna-se uma cicatriz que, embora possa ser esquecida, permanece latente na memória”.

O abandono afetivo gera danos psicológicos ao menor; tendo o pai plena condição de participar efetivamente da vida do filho, é inescusável não fazê-lo, uma vez que é dever seu, decorrente do poder familiar, o acompanhamento de sua prole. Sobre esta obrigação cabe aqui apresentar enxerto da sentença do Juiz de Direito Luís Fernando Cirillo, da 31ª Vara Cível de São Paulo³³:

A paternidade provoca o surgimento de deveres. Examinando-se o Código Civil vigente à época dos fatos, verifica-se que a lei atribuía aos pais o dever de direção da criação e educação dos filhos, e de tê-los não somente sob sua guarda, mas também sob sua companhia (art.384, I e II). Há, portanto, fundamento estritamente normativo para que se conclua que a paternidade não gera apenas deveres de assistência material, e que além da guarda, portanto independentemente dela, existe um dever, a cargo do pai, de ter o filho em sua companhia. Além disso, o abandono era previsto como causa de perda do pátrio poder (art. 395, II), sendo cediço que não se pode restringir a figura do abandono apenas à dimensão material. Regras no mesmo sentido estão presentes também no Código Civil vigente (arts. 1.634, I e II e 1.638, II).

A par da ofensa à integridade física (e psíquica) decorrente de um crescimento desprovido do afeto paterno, o abandono afetivo se apresenta também como ofensa à dignidade da pessoa humana, bem jurídico que a indenização do dano moral se destina a tutelar.

É evidente que a separação dos pais não permitirá a quem não detém a guarda o estabelecimento de convivência freqüente, ou mesmo intensa. Por este motivo é que efetivamente não se mostra razoável, em princípio e em linhas gerais, considerar que todo pai ou mãe que se separa e deixa o filho com o outro genitor deva pagar ao filho indenização de dano moral. **Mas nem por isso poderá ir ao outro extremo e negar a ocorrência de dano moral se o pai ou a mãe, tendo condições materiais e intelectuais, se abstém completamente de estabelecer relacionamento afetivo ou de convivência, ainda que mínimo, com seu filho, como se não houvesse um vínculo de parentesco, que no âmbito jurídico se expressa também como companhia, transcendendo assim a dimensão estritamente material.**

³³BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, 31ª Vara Cível Central de São Paulo. Processo nº 01.36747-0. 26 de junho de 2004.

Em lição de Giselda Hironaka (2005, p.4):

a ausência injustificada do pai, como se observa, origina evidente dor psíquica e consequente prejuízo à formação da criança, decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e da proteção – função psicopedagógica – que a presença paterna representa na vida do filho, mormente quanto entre eles já se estabeleceu um vínculo de afetividade. Além da inquestionável concretização do dano, também se configura, na conduta omissiva do pai, a infração aos deveres jurídicos de assistência imaterial e proteção que lhe são impostos como decorrência do poder familiar.

O cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente, negar ao filho este cuidado é incorrer em ato ilícito, uma vez que a legislação é clara ao afirmar o dever de cuidado como inerente ao poder familiar. A omissão voluntária do pai configura ato ilícito, contrário aos arts. 227 da CF/88, 4º e 6º do ECA e 1.513 do Código Civil, que tratam dos princípios constitucionais da proteção à criança e ao adolescente, e os princípios da solidariedade e da convivência familiar, todos tendo como fim maior a proteção da dignidade da pessoa humana e o desenvolvimento sadio do indivíduo dentro do ordenamento.

Por fim percebe-se que o dano causado não é patrimonial, sendo este um dano à psique, ao desenvolvimento do menor, ligado aos sentimentos de abandono, humilhação, tristeza, é este um dano à personalidade. Sendo este um dano à personalidade melhor se aplicar o dano moral, que, com sua dupla função, irá servir como pena pela violação de interesse juridicamente protegido, qual seja, o descuido com o menor e seu abandono, privando-o de um desenvolvimento psicologicamente sadio, e servirá também como instrumento dissuasório e pedagógico social, tanto para este genitor quanto para os demais.

A responsabilidade advinda do poder familiar não se pauta tão somente no poder alimentar, sendo parte desta possibilitar o desenvolvimento sadio dos filhos, com base no princípio da dignidade da pessoa humana. O descumprimento desta obrigação gera dano ao menor, passível de compensação, constituindo-se desta maneira a responsabilidade civil por abandono afetivo.

4.5. Estudo de Casos: o REsp nº 757.411 – MG e o REsp nº 1.159.242 – SP

Diversas demandas que objetivavam a compensação por dano moral mediante situação de abandono afetivo surgiram no país, tendo chegado ao Superior Tribunal de Justiça somente duas delas: o REsp nº 757.411 – MG, tendo como Relator o Ministro Fernando Gonçalves, e o REsp nº 1.159.242 – SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi. Estes dois acórdãos em especial demonstram a evolução do

entendimento tanto doutrinário quanto jurisprudencial do assunto; com sete anos de diferença entre os dois, o REsp nº 757.411 – MG foi julgado na data de 29 de novembro de 2005 e o REsp nº 1.159.242 – SP teve julgamento na data de 24 de abril de 2012, o entendimento adotado pelo Tribunal mudou drasticamente, não deixando de observar que os votos não foram unânimes, não tendo todos os Ministros opinião pacificada sobre o tema.

4.5.1 O REsp nº 747.411 – MG

O REsp nº 747.411 – MG³⁴ foi julgado em 29 de novembro de 2005, em relatoria do Ministro Fernando Gonçalves. Obteve o Acórdão a seguinte ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 757.411/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 29/11/2005, DJ 27/03/2006, p. 299)

No relatório do Acórdão consta que foi proposta por Alexandre Batista Fortes ação ordinária contra Vicente de Paulo Ferro de Oliveira, seu pai, pleiteando indenização por danos morais decorrentes de abandono afetivo realizado pelo pai contra o autor. Aduziu o autor que o pai não participou de seu desenvolvimento social e afetivo e que esta atitude displicente lhe causou situação de extremo sofrimento e humilhação, o que caracterizaria conduta omissa culposa, ensejando a reparação pleiteada.

O pai, a seu turno, argumenta ser a demanda resultado do inconformismo da mãe do autor da ação em relação à ação revisional de alimentos proposta pelo réu e que, durante dois anos após o divórcio ele manteve convívio social com o filho, tendo parado de fazê-lo devido às atitudes da mãe do autor, sua ex-esposa e posteriormente às viagens que realizava a trabalho.

Em primeira instância o Juiz de Direito da 19ª Vara Cível de Belo Horizonte – MG julgou improcedente o pedido inicial, afirmando não haver sido detectado pelo *expert* “(...) sinais de comprometimento psicológico ou qualquer sintomatologia associada a eventual malogro do laço paterno filial”.

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 757.411/MG. V. de P. F. de O. F. e A. B. F. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbora. 27 de março de 2006. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=595269&num_registro=200500854643&data=20060327&formato=PDF>. Acesso em 03/06/2015.

Interposta apelação, a Sétima Câmara Cível do TJMG deu provimento ao recurso, condenando o genitor ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais), entendendo “(...) restar configurado nos autos o dano sofrido pelo autor em sua dignidade, bem como a conduta ilícita do genitor, ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio com o filho e com ele formar laços de paternidade”. Frente o resultado da apelação foi interposto o Recurso Especial nº 747.411 – MG.

O Ministro Fernando Gonçalves, Relator, iniciou seu voto³⁵ discorrendo sobre como a conceituação de dano sofre transformações de acordo com as mudanças paradigmáticas e sociais, uma vez que estas mudanças também significam uma nova visão da pessoa humana:

A matéria é polêmica e alcançar-se uma solução não prescinde do enfrentamento de um dos problemas mais instigantes da responsabilidade civil, qual seja, determinar quais danos extrapatrimoniais, dentre aqueles que ocorrem ordinariamente, são passíveis de reparação pecuniária. Isso porque a noção do que seja dano se altera com a dinâmica social, sendo ampliado a cada dia o conjunto dos eventos cuja repercussão é tirada daquilo que se considera inerente à existência humana e transferida ao autor do fato. Assim situações anteriormente tidas como “fatos da vida”, hoje são tratadas como danos que merecem a atenção do Poder Judiciário, a exemplo do dano à imagem e à intimidade da pessoa.

Apontou o Relator que aqueles que defendem a tese reconhecem a problemática envolvendo a impossibilidade de compelir alguém a amar, e, citando Luiz Felipe Brasil Santos (2005), afirmou que estes também defendem que “a indenização conferida nesse contexto não tem a finalidade de compelir o pai ao cumprimento de seus deveres, mas atende duas relevantes funções, além da compensatória: a punitiva e a dissuasória”³⁶. Citou ainda a advogada Cláudia Maria da Silva (2004)³⁷ quanto a seu entendimento sobre este tipo de indenização:

Não se trata, pois, de “dar preço ao amor” – como defendem os que resistem ao tema em foco –, tampouco de “compensar a dor” propriamente dita. Talvez o aspecto mais relevante seja alcançar a função punitiva e dissuasória da reparação dos danos, conscientizando o pai do gravame causado ao filho e sinalizando para ele, e outros que sua conduta deve ser cessada e evitada, por reprovável e grave.

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 757.411/MG. V. de P. F. de O. F. e A. B. F. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbora. 27 de março de 2006. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=595269&num_registro=200500854643&data=20060327&formato=PDF>. Acesso em 03/06/2015.

³⁶ Indenização por Abandono Afetivo, Luiz Felipe Brasil, in ADV – Seções Jurídicas, fevereiro de 2005

³⁷ Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho, in Revista Brasileira de Direito de Família, no VI, nº 25 – Ago – Set 2004

Apesar de apresentadas interpretações alternativas quanto a função deste tipo de indenização, o Relator foi bem claro ao interpretar a situação de maneira a se restringir ao previsto em lei. A legislação prevê, tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art.24³⁸, quanto no Código Civil, art. 1638³⁹, II, que em caso de abandono ou do descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, a punição será a perda do Poder Familiar, anteriormente denominado Pátrio Poder.

Ao Ministro lhe pareceu suficiente a punição da perda do poder familiar aplicada pela lei:

Assim, o ordenamento jurídico, com a determinação da perda do poder familiar, a mais grave pena civil a ser imputada a um pai, já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização pelo abandono moral.

Foi levantado pelo Relator questionamento acerca da (im)possibilidade do pai ou da mãe reatar ou até mesmo construir com o filho preterido um relacionamento afetivo, frente à barreira que poderá ter sido erguida como resultado desta ação judicial, e que, se ao admitir a indenização por dano moral não “estaremos enterrando em definitivo a possibilidade de um pai, seja no presente, seja perto da velhice, buscar o amparo do amor dos filhos”⁴⁰.

Concluiu o Relator por fim que não há possibilidade de se configurar este tipo de indenização, uma vez que há previsão de punição contrária na legislação e que não compete ao Judiciário penalizar ou obrigar alguém a amar:

Por certo um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que tardiamente, pelo amor paterno. **O deferimento do pedido, não atenderia ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo nesse sentido já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtidos com outros meios previstos na legislação civil, conforme acima esclarecido. Dessa feita, como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a**

³⁸BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. ECA - Art. 24. A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

³⁹BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: II – deixar o filho em abandono.

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 757.411/MG. V. de P. F. de O. F. e A. B. F. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbora. 27 de março de 2006. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=595269&num_registro=200500854643&data=20060327&formato=PDF>. Acesso em 03/06/2015.

indenização pleiteada. Nesse contexto, inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 159 do Código Civil de 1916, não há como reconhecer o abandono afetivo como dano passível de indenização.⁴¹ (Grifo nosso)

Votaram ainda o Ministro Aldir Passarinho Junior, o Ministro Barros Monteiro e o Ministro Cesar Asfor Rocha.

Em síntese o Min. Passarinho afirma que questões que tratam sobre relacionamentos interpessoais deste porte devem ser resolvidas no campo do Direito das Famílias, exclusivamente, afirmando que há previsão de institutos específicos na legislação de família para enfrentar este tipo de situação:

No caso, existe previsão no art. 384, inciso I, quanto à obrigação dos pais de dirigir a criação e a educação dos filhos e tê-los em sua guarda e companhia. Mas os arts. 394 e 395 preveem exatamente a situação em que, não cumprindo os pais essa obrigação, poderá ocorrer a perda do pátrio poder a pedido do Ministério Público ou de algum parente. Na hipótese de perda do pátrio poder, a tutela é dada em substituição, nos termos do art. 406, I, também do Código Civil anterior. Parece-me, pois, que não é hipótese de ato ilícito. Não é dessa forma que se enfrentaria tal situação. A legislação de família prevê institutos específicos, inclusive em relação às necessidades do filho na lei de alimentos⁴².

Opondo-se aos posicionamentos dos demais julgadores, o Min. Barros Monteiro acredita que, no caso, configurou-se uma conduta ilícita da parte do genitor que “ao lado do dever de assistência material, tem o dever de dar assistência moral ao filho, de conviver com ele, de acompanhá-lo e de dar-lhe o necessário afeto⁴³”. O Ministro sustenta que, de acordo com a norma do art. 159 do Código Civil de 1916, estaria subentendido no presente caso o prejuízo de cunho moral, delimitado este também pelo art. 186 do Código Civil de 2002, na época há pouco vigente. Dita o referido artigo “Art. 186. Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito⁴⁴”.

Desta maneira acredita o Julgador que haveria excludente de responsabilidade caso o genitor houvesse demonstrado ocorrência de força maior que o impedisse de prosseguir seu relacionamento afetivo com o filho, autor da ação, o que não ocorreu. Na opinião do

⁴¹ idem

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 757.411/MG. V. de P. F. de O. F. e A. B. F. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbora. 27 de março de 2006. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=595269&num_registro=200500854643&data=20060327&formato=PDF>. Acesso em 03/06/2015.

⁴³ idem

⁴⁴ idem

Ministro ocorreu então a conduta ilícita, o dano e o nexo de causalidade, sendo o dano evidenciado com “sofrimento, com a dor, com o abalo psíquico sofrido pelo autor durante todo esse tempo”⁴⁵. Ademais salientou ainda que “a destituição do poder familiar, que é uma sanção do Direito das Famílias, não interfere na indenização por dano moral, ou seja, a indenização é devida além dessa outra sanção prevista não só no Estatuto da Criança e do Adolescente, como também no Código Civil anterior e atual⁴⁶”, demonstrando desta maneira seu posicionamento favorável à aplicação de sanção indenizatória frente abandono afetivo realizado pelo genitor contra sua prole, independente dela ser fruto de relacionamento anterior deste.

Seguindo a linha de raciocínio do Relator o Ministro Cesar Asfor Rocha afirmou que o Direito das Famílias possui princípios próprios que não podem receber influências de outros que estejam ligados a ramificações do Direito⁴⁷, ou seja:

Esses princípios do Direito de Família não permitem que as relações familiares, sobretudo aquelas atinentes a pai e filho, mesmo aquelas referentes a patrimônio, a bens e responsabilidades materiais, a ressarcimento, a tudo quanto disser respeito a pecúnia, sejam disciplinadas pelos princípios próprios do Direito das Obrigações. Destarte, tudo quanto disser respeito às relações patrimoniais e aos efeitos patrimoniais das relações existentes entre parentes e entre os cônjuges só podem ser analisadas e apreciadas à luz do que está posto no próprio Direito de Família.⁴⁸

O REsp nº 757.411 foi por fim conhecido e provido. Percebe-se pelos votos uma relutância em aceitar a possibilidade de uma indenização por abandono afetivo, uma vez que, não abrangido diretamente pela legislação brasileira, difícil é qualificar o afeto como obrigação, tratando sua falta, sua omissão, como verdadeiro ato ilícito ensejador de pecúnia.

O posicionamento dos Julgadores demonstra uma visão mais tradicional e moderada, uma interpretação quase que restrita ao exposto em lei, acreditando ser suficientemente penosa para o pai ou mãe ausente a perda do poder familiar. Estes votos demonstram uma restrição interpretativa quanto à aplicação de demais princípios e áreas do

⁴⁵ idem

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 757.411/MG. V. de P. F. de O. F. e A. B. F. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbora. 27 de março de 2006. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=595269&num_registro=200500854643&data=20060327&formato=PDF>. Acesso em 03/06/2015.

⁴⁷ Corroboram com este entendimento Renan Kfuri Lopes e Danielle Laheiros Diniz in LOPES, Renan Kfuri. Panorama da responsabilidade civil. *Adv Advocacia Dinâmica: Seleções Jurídicas*. São Paulo: COAD, nov. 2006 e DINIZ, Danielle Alheiros. *A impossibilidade de responsabilização civil dos pais por abandono afetivo*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2184, 24 jun. 2009

⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 757.411/MG. V. de P. F. de O. F. e A. B. F. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbora. 27 de março de 2006. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=595269&num_registro=200500854643&data=20060327&formato=PDF>. Acesso em 03/06/2015.

Direito às situações que majoritariamente se qualificariam como pertencentes ao Direito das Famílias.

4.5.2 O REsp nº 1.159.242 – SP

O Recurso Especial nº 1.159.242 – SP foi julgado em 24 de abril de 2012, em relatoria da Ministra Nancy Andrighi, tendo os ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas BôasCueva votado com a Relatora. Votou vencido o Ministro Massami Uyeda. Obteve o Acórdão a seguinte ementa:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012)

Em relatoria expôs-se que foi ajuizada ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais por Luciane Nunes de Oliveira Souza em desfavor de seu genitor (parte recorrente no Recurso Especial), alegando a autora ter sofrido abandono material e afetivo durante sua infância e juventude.

O pedido da autora foi julgado improcedente pelo i. Juiz, tendo este afirmado que o distanciamento entre o pai e a filha deveu-se ao comportamento agressivo da mãe da autora em relação ao genitor desta.

Interposta Apelação, o TJSP deu provimento a esta, reconhecendo o abandono afetivo realizado pelo pai da autora e fixando a compensação por danos morais em R\$ 415.000,00.

Depois de prolatado Acórdão pelo TJSP o genitor interpôs o Recurso Especial nº 1.159.242 – SP, alegando violação ao art. 159⁴⁹ do CC/1916, art. 944⁵⁰ e art. 1638⁵¹ do Código Civil de 2002. Sustentou o genitor que não houve abandono à filha, e que, ainda que houvesse assim ocorrido, o fato não se caracterizaria como ilícito, uma vez que a única punição legal prevista nos casos de descumprimento das obrigações relativas ao poder familiar é a perda do respectivo⁵².

A Ministra Nancy Andrichi, Relatora, inicia seu voto realizando apreciação preliminar do tema, abordando a possibilidade da normatização referente aos danos morais ser aplicada também às relações intrafamiliares; afirma esta que não existe clara restrição legal à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil (e seu consequente dever de indenizar/compensar) ao Direito das Famílias e as relações regidas por este, apesar de parte da doutrina acreditar que não poderia ocorrer compensação ou indenização por danos decorrentes de descumprimento de obrigações familiares devido ao teor emocional contidos nessas relações. Os textos legais que tratam de regular a matéria relativa à responsabilidade civil culminando em danos morais, quais sejam, o art. 5º, V e X, CF⁵³ e os arts. 186⁵⁴ e 927⁵⁵ do Código Civil, o faz de maneira ampla e irrestrita, o que permite inferir que possam ditar

⁴⁹O presente artigo equivale ao art. 186 do Código Civil de 2002.

⁴⁹BRASIL, Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.521 a 1.532 e 1.542 a 1.553.

⁵⁰ BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único: Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

⁵¹ BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I – castigar imoderadamente o filho

II – deixar o filho em abandono

III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes

IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente

⁵² Art. 1.638, Lei nº 10.406 de 2002

⁵³BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

⁵⁴ BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁵⁵ BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

também sobre as relações intrafamiliares. Ainda em apreciação preliminar a Ministra sustenta que “a perda do pátrio poder não suprime, nem afasta, a possibilidade de indenizações ou compensações, porque tem como objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores⁵⁶”, a perda do poder familiar não serve a compensar prejuízos advindos de maus-tratos ao menor.

Quanto aos elementos necessários à caracterização do dano moral a Relatora aponta a tríade necessária à configuração da responsabilidade civil subjetiva, qual seja: o dano, a culpa do autor e o nexo causal; afirma ainda que de fato é mais complexo analisar esta tríade quando o foco está nas relações familiares, uma vez que estas possuem “fatores de alto grau de subjetividade, como afetividade, amor mágoa, entre outros, os quais dificultam, sobremaneira, definir, ou perfeitamente identificar e/ou constatar, os elementos configuradores do dano moral⁵⁷”. Entretanto, defende a relatora, mesmo na presença de elementos intangíveis, é possível a visualização de “liame objetivo e subjacente, calcado no vínculo biológico ou mesmo autoimposto – no caso de adoção-, para os quais há preconização constitucional e legal de obrigações mínimas”; quando caracterizada esta relação surgirá uma responsabilidade decorrente de ações e escolhas relativas à criação da prole, dentre estas os deveres inerentes ao poder familiar, como o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, envolvendo a necessária transmissão de atenção e acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança.

O ser humano precisa, além do básico para sua manutenção (alimento, abrigo e saúde), de elementos imateriais que serão igualmente necessários à sua adequada formação, como a educação, o lazer, regras de conduta etc. Por esta perspectiva o cuidado se torna um valor jurídico apreciável, constituindo-se como fator crucial à formação da personalidade do infante e devendo ele ser alçado a um patamar de relevância que demonstre seu impacto na higidez psicológica do futuro adulto; a obrigação legal dos genitores quanto à manutenção da prole vai além da obrigação alimentícia. O cuidado está previsto em nosso ordenamento no art.227 da CF/88, não com o termo exato, mas com expressões que manifestam suas diversas desinências. Para a Relatora “negar ao cuidado o status de obrigação legal importa na

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.159.242/SP. Antonio Carlos Jamas dos Santos e Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 10 de maio de 2012. Disponível em : https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067604&num_registro=200901937019&data=20120510&formato=PDF>. Acesso em 07/06/2015.

⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.159.242/SP. Antonio Carlos Jamas dos Santos e Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 10 de maio de 2012. Disponível em : https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067604&num_registro=200901937019&data=20120510&formato=PDF>. Acesso em 07/06/2015.

vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente⁵⁸”. Deste modo, deve-se alçar o cuidado à categoria de obrigação legal, superando-se a questão sobre a obrigatoriedade do amor; amar é faculdade, cuidar é dever.

Não se discute na temática do abandono afetivo a obrigatoriedade de amar alguém, discute-se a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de adotarem ou gerarem filhos, “o amor diz respeito à motivação, questão que refoge aos lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião⁵⁹”, explica a Ministra. Ao contrário do amor, o cuidado é tísado por elementos objetivos, podendo ser comprovado por uma série de ações concretas: presença, contato, ações voluntárias em favor da prole, comparações entre o tratamento cedido aos demais filhos etc.

A comprovação do descumprimento da obrigação legal de cuidar implica, assim, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. A Relatora leciona, no entanto, que para a configuração do ato ilícito exige-se ainda a comprovação de culpa ou dolo do agente em relação ao evento danoso. Neste ponto a Ministra adverte que nem todas as situações serão de responsabilidade do pai, que muitas vezes é impedido de estar presente continuamente na vida do filho, merecendo cada caso uma serena reflexão por parte dos julgadores. Deve-se avaliar a situação fática tanto do pai quanto do menor, não esquecendo, no entanto, que “o torvelinho de situações práticas da vida moderna não toldam plenamente a responsabilidade dos pais naturais ou adotivos, em relação a seus filhos, pois, com a decisão de procriar ou adotar, nasce igualmente o indelegável ônus constitucional de cuidar”⁶⁰. Apesar de existirem inúmeras hipóteses que seriam hábeis a justificar a ausência de pleno cuidado do genitor em relação à sua prole, não podem os julgadores se olvidarem que existe um núcleo mínimo de cuidados parentais necessários ao menor para que se desenvolva com adequada formação psicológica e inserção social.

Por fim a Relatora trata da existência do dano e do nexo causal, necessários à caracterização do dever de indenizar, afirmando que podem ser estes comprovados por meio de laudo formulado por especialista que aponte a existência de patologia psicológica e a vincule, no todo ou em parte, ao descuido por parte de um dos pais; no entanto, não se deve

⁵⁸ idem

⁵⁹ idem

⁶⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.159.242/SP. Antonio Carlos Jamas dos Santos e Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 10 de maio de 2012. Disponível em : https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067604&num_registro=200901937019&data=20120510&formato=PDF>. Acesso em 07/06/2015.

limitar a possibilidade de compensação por dano moral à hipótese de existência patológica ou má inserção social, uma vez que muitos dos menores abandonados superam as vicissitudes e crescem com razoável aprumo. O sucesso do menor, no entanto, não serve como escusa do dano, pois não faz desaparecer os sentimentos negativos causados pelo abandono. O dano nestes casos tem caráter *in re ipsa*, traduzindo-se como causa eficiente à compensação. Reconhece então a Relatora o dano moral pela existência da tríade que o constitui: negligência, dano e nexo de causalidade.

O voto do Ministro Massami Uyeda divergiu do posicionamento da Relatora, afirmando em síntese que não há como saber os limites do que a relatora chamou de “negligência” e que, havendo dano moral por ato configurado no interior da relação familiar poderia haver uma quantificação ou potencialização das mágoas íntimas.

Os demais votos, do Ministro Sidnei Beneti e do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, foram em consonância com o voto da relatora, concluindo pela possibilidade de compensação por dano moral quando .

Por fim o REsp nº 1.159.242 – SP foi parcialmente provido no que tange somente à alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais.

O presente julgado apresenta o posicionamento mais recente do STJ quanto à teoria do desamor, concordando que deve o pai indenizar o filho que sofreu abandono afetivo, uma vez que faltou com seu dever de dar afeto ao menor ao não acompanhar seu desenvolvimento, criando na prole sentimento de tristeza, abandono, inadequação, incoerentes com o ideal de crescimento sadio da criança. No caso apresentado o pai havia se separado da mãe da filha, constituindo outra família e deixando de lado suas obrigações parentais. Formar nova família não escusa o pai e manter contato com a prole que já possui, uma vez que possui com estes também obrigação inerente ao Poder Familiar. Constituir uma família é ato volitivo, devendo o indivíduo ser responsabilizado por todos os efeitos gerados por seus atos, inclusive no que diz respeito às suas obrigações com sua prole.

CONCLUSÃO

A mudança paradigmática que colocou os princípios constitucionais como eixos de interpretação das normas jurídicas resultou em novas feições dadas ao Direito Civil, em especial aos ramos do Direito das Famílias e da Responsabilidade Civil, possibilitando no atual cenário jurisprudencial brasileiro a compensação pecuniária por danos morais decorrente do abandono afetivo nas relações paterno-filiais.

O conceito de entidade familiar evoluiu de seu antigo viés patriarcal e patrimonialista para tornar-se uma relação baseada no afeto, na solidariedade e na vontade mútua de dividir uma vida juntos. Deu-se novo significado à figura do indivíduo, o que fez elevar a importância da dignidade da pessoa humana, invertendo antigos valores sociais que priorizavam as relações eminentemente patrimonialistas. Neste contexto, ganha especial proteção a figura do indivíduo mais vulnerável, a prole, por estar ainda em fase de crescimento, que deverá idealmente se desenvolver de maneira sadia dentro do ambiente familiar. A família será o *locus* seguro do indivíduo, lugar onde ele pode se relacionar livremente e buscar suas realizações pessoais, se torna instrumento da felicidade de seus membros. Crescer envolto em ambiente familiar sadio é de suma importância para o desenvolvimento psíquico adequado do menor, o sentimento de pertencimento a uma família auxilia a melhor integração do indivíduo na sociedade.

Dentro da modalidade atual do ordenamento jurídico brasileiro, neste viés protecionista, o Direito das Famílias teve que se adaptar a estas novas demandas, modificando algumas de suas legislações e criando princípios para nortear a sistemática deste ramo. Os princípios intrínsecos ao Direito das Famílias irradiam do princípio da dignidade da pessoa humana, considerado fundamento do Estado Democrático de Direito e principal parâmetro interpretativo de nossas normas jurídicas. Estes princípios têm como função essencial garantir que seja cumprida a proteção à dignidade da pessoa humana assim como assegurar direitos e deveres dentro do ambiente familiar, escusando o Estado de cumprir esta função quando não se tratar da proteção daqueles mais vulneráveis, como o menor e o idoso.

As famílias atuais são fundadas com base nos princípios inerentes ao Direito das Famílias, devendo seguir seu regramento, uma vez que foi a partir destes que se possibilitou a gama de diferentes organizações familiares atuais, todas reconhecidas e protegidas de igual maneira pelo ordenamento.

Dentre os princípios inerentes ao Direito das Famílias, o princípio da afetividade, em especial, apesar de implícito no texto constitucional, é a base para as relações familiares atuais, priorizando o afeto aos laços consanguíneos que antes eram determinantes quando se falava em família. Desta maneira, percebe-se a obrigatoriedade da afetividade entre membros da família, como forma de possibilitar a autorrealização dos indivíduos, em especial das crianças, que, criadas em ambiente permeado de afeto possuem maiores possibilidades de um bom desenvolvimento de sua psique.

A afetividade faz parte do rol de deveres do Poder Familiar, inserindo-se como obrigação dos pais com sua prole. O Poder Familiar, pós-constitucionalização do Direito Civil, não mais é visto como direitos dos pais, e sim como deveres relativos a seus filhos; o ordenamento brasileiro passou a enxergar a paternidade como múnus público dos genitores, que devem proteger o interesse da criança e do adolescente.

O ponto chave para a caracterização da responsabilidade civil por abandono é justamente a transformação da afetividade em obrigação dos genitores, decorrente do Poder Familiar. Como já explicado a responsabilidade possui papel fundamental para a resolução de conflitos intersubjetivos, melhorando o sistema de proteção de direitos individuais, coletivos e difusos; sua função é dupla: a sanção civil pelo dano e a prevenção para que o autor se sinta desestimulado a incorrer de novo no ato prejudicial. Pode ela ser ainda separada em contratual e extracontratual, decorrendo de contrato ou de lei, respectivamente. Quanto ao dano pudemos verificar que ele poderá ser patrimonial ou moral, sendo este último o aplicável ao abandono afetivo. O dano moral é encarado como lesão à dignidade da pessoa humana. Qualquer ato que diminua a dignidade do indivíduo, criando nele sentimentos de negatividade e humilhação é passível deste tipo de dano. Como se trata de dano relacionado à esfera moral do indivíduo, este está relacionado intimamente com seus direitos de personalidade.

A responsabilidade civil por abandono afetivo é, portanto, extracontratual. A ilicitude do ato vai decorrer diretamente da obrigatoriedade nascida do poder familiar, que impõe uma afetividade mínima dos pais em relação aos filhos, afetividade esta que se consagra como obrigações de convivência, solidariedade e proteção do menor no ambiente familiar para que este possa se desenvolver de maneira sadia e esteja apto a participar da vida em sociedade, sem trazer consigo cargas emocionais advindas do sentimento de abandono. O dano causado por esta rejeição é imensurável, seus efeitos se prolongando até a vida adulta dos indivíduos. Não há que se falar em inexistência de dano ou licitude do ato, a afetividade é obrigação dos pais que optaram por formar uma família; o abandono afetivo permite a

compensação em pecúnia, decorrente de ato ilícito do pai que descumpriu seus deveres familiares, ferindo os direitos de personalidade do menor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Família Mínimo:** a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Por um Direito de Família Mínimo:** a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no âmbito do Direito de Família. 2009. Disponível em <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_AlvesLB_1.pdf> Acesso em 29/04/2015.

BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRAGA, Julio Cezar de Oliveira. **Abandono Afetivo:** do Direito à Psicanálise. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL, Decreto nº 99.710, de 20 de novembro de 1990.

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano Moral no Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2012. Livro eletrônico.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. rev. e amp. São Paulo: Editora ATLAS S.A, 2012.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf> Acesso em 23/05/2015

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2015. Livro eletrônico.

FACHIN, Luiz Edson. **A “Reconstitucionalização” do Direito Civil Brasileiro:** Lei Nova e Velhos Problemas à Luz de Dez Desafios. Palestra na 9ª Conferência do VI Simpósio Nacional de Direito Constitucional, promovido pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba. 2004. Disponível em <http://www.unibrasil.com.br/revista_on_line/artigo%2022.pdf> Acesso em 25/04/2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil:** Direito das Famílias. 4. ed. Salvador: Editora JusPodivm. 2012.

_____. **Direito Civil Teoria Geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2011. Livro eletrônico.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLINA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família – as famílias em perspectiva constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2014. Livro eletrônico.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2012a. Livro eletrônico.

_____. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012b.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **O direito ao afeto, na relação paterno-filial**. 2004. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI5678,21048-O+direito+ao+afeto+na+relacao+paternofilial>> Acesso em 20/03/2015.

_____. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material**. 2005. Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32839-40754-1-PB.pdf>> Acesso em 20/03/2015.

_____. **Pressuposto, Elementos e Limites do Dever de Indenizar por Abandono Afetivo**. 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>>. Acesso em 15/05/2015.

_____. **Responsabilidade civil e contemporaneidade: retrato e moldura**. In Novos Estudos Jurídicos – Volume 8 – nº 3 – p.579-595, set/dez. 2003. Disponível em <www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/348/292>. Acesso em 23/05/2015.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Ed. 70, 1986.

KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**. Curitiba: Juruá Editora. 2012.

LIMA, Suzana Borges Viegas de. **O afeto tem preço?** Disponível em <<http://www.capitaljuridica.com.br/artigo.php?id=21>>. Acesso em 30/05/2015.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012a. Livro eletrônico.

_____. **Manual de Direito Civil: Direito de Família e Sucessões**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012b. Livro eletrônico.

LOBO, Paulo. **Danos morais e direitos da personalidade**. 2003. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/4445/danos-morais-e-direitos-da-personalidade>>. Acesso em 10/06/2015.

_____. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Livro eletrônico.

LOPES, Othon de Azevedo. **Dignidade da pessoa humana e responsabilidade civil.** In Revista de Direito Administrativo. São Paulo: Renovar, v.238, p. 207 a 236, out/dez, 2004. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44080/44753>>. Acesso em 20/05/2015.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil: Direito de Família.** 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Livro eletrônico.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil.** In.: Direito, Estado e Sociedade – v.9, n. 29, p. 233 – jul/dez 2006. Disponível em: <http://publique.rdc.puc-rio.br/direito/media/Bodin_n29.pdf>. Acesso em 13/05/2015.

_____. **Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil.** Disponível em <https://scholar.google.com.br/citations?view_op=view_citation&hl=ptBR&user=zwRRpcQAAAJ&cstart=20&citation_for_view=zwRRpcQAAAJ:yD5IFk8b50cC>. Acesso em 17/05/2015.

NETTO, Felipe Peixoto Braga; SILVA, Michael César. **Direito Privado e Contemporaneidade: Desafios e perspectivas do direito privado no século XXI.** Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2014.

PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SANTIAGO, Rafael da Silva. **O direito de família contemporâneo: entidade familiar constitucionalizada.** Disponível em <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012_09_5483_5521.pdf> Acesso em 21/02/2015.

_____. **Poliamor e direito das famílias: reconhecimento e consequências jurídicas.** Curitiba: Juruá Editora, 2015.

_____. **Princípios Internacionais do Direito de Família.** Disponível em <<https://periodicos.set.edu.br/index.php/direito/article/view/415/225>> Acesso em 21/02/2015.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único.** 5. ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

_____. **Novos princípios do direito de família brasileiro.** Disponível em <www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce_princfam.doc> Acesso em 20/03/2015.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo. **Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana.** In *Revista brasileira de direito de família*. Porto Alegre, n. 32, p. 156, out./nov, 2005.

UNITED NATIONS. **The Universal Declaration of Human Rights.** Paris, 1948.